الجزء الثالث عشر من كتاب

فقه الصادق

و هو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم والفقيه الاكبر الشيخ الانصاري ره

تاليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدظله العالي

چاپخانه مهر استوار قم - چهارراه شاه

الجزء الثالث عشر من كتاب

فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم و الفقيه الاكبر الشيخ الانصاري ره

تأليف :

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالي

چاپخانه مهر استوار

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله على ماأولينا من التفقه فى الدين والهداية الى الحق وافضل صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه وبعد فهذا هو الجزء الثالث عشر من كتابنا فقه الصادق وقد وفقنا لطبعه والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولى التوفيق

من شرائط المتعاقدين الاختيار

(قوله قده ومن شرائط المتعاقدين الاختيار والمراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس الخ) اقول الكلام فى هذ المسألة انما هو فى اعتبار امر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذى انعقد له المسألة السابقة ـ وهو ـ انه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس والرضا فلا يجوز ان وقع عن كره ـ ام لا يعتبر ذلك (فما) يظهر من جماعة منهم الشهيدان حيث قالوا ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله ـ من ارجاع هذا البحث الى البحث السابق وجعل المكره من مصاديق غير القاصد ـ فى غير محله ـ (وماذكره) المصنف ره فى توجيهه بان مرادهم ان المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد فى الخارج (فيه) انهم صرحوا بكونه غير قاصد الى مدلوله و وقوع مضمون العقد فى الخارج ليس مدلولا له كما هو واضح .

ثم ان المعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس انما تكون على اقسام اربعة (الاول) ان تكون لاجل جلب المنفعة (الثانى) ان تكون لا لجلب النفع ولا لدفع الضرر (الثالث) ان تكون لاجل دفع الضرر المترتب علي شيء آخر كما اذا كان عياله جائعين فباع ثوبه ليشترى بثمنه طعاما ـ فان البيع انما يكون لدفع ضرر الجوع ـ و بعبارة اخرى تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه اليه المترتب على امر آخر (الرابع) ان تكون لاجل ترتب الضرر المترتب على ترك المعاملة كما لو اكره عليها .

لا اشكال فى صحة المعاملة فى القسمين الاولين ـ واما المعاملة فى القسم الثالث فهى

مشمولة للعمومات بلا كلام ومايتوهم ان يكون دليلا على بطلانها امران (احدهما) مادل على اعتبار طيب النفس الذى سيمر عليك (الثانى) حديث الرفع الاتى - و شيء منهما لايصلح لذلك (اما الاول) فلوجود الرضا وطيب النفس بها باى معنى كان (واما الثانى) فلان حديث الرفع لوروده مورد الامتنان يختص بما اذا كان فى رفع الحكم منة على العباد وحيث لامنة فى رفع اثر مثل هذه المعاملة فلاتكون مشمولة للحديث (واما) ماافاده المحقق النائينى فى وجه عدم الشمول - من ان الاضطرار الى المعاملة عبارة عما يكون نفس المعاملة اضطرارية واما اذا كانت المعاملة مما يدفع به الاضطرار فلايدل الحديث على رفعها كما انه لو كان الخطاء او النسيان متعلقا بامر آخر غير نفس المعاملة و صدرت المعاملة عن عمد و التفات فهذه لاترتفع بالحديث - فيرد عليه (اولا) النقض بما اذا كانت المعاملة غير جائزة فى نفسها كما لو نذر ان لايبيع داره فان لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع مع انه لااظن ان يلتزم به (وثانيا) ان الاضطرار اذا تعلق بشيء و كانت المعاملة دافعة له لامحالة يتعلق الاضطرار بها ايضا فالصحيح ماذكرناه.

ادلة بطلان عقد المكره

واما القسم الرابع و هو الذى انعقد له هذه المسألة - و هو عقد المكره - فقد استدل على بطلانه فى مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما اذا كان واجداً لجميع ما يعتبر فى الصحة من قصد اللفظ والمعنى وغير ذلك من القيود - بوجوه:

الاول: مادل على اعتبار الرضا وطيب النفس - وهو آية التجارة (١) عن تراض - واحاديث (٢) عدم حلية مال امرء مسلم الابطيب نفسه - والكلام فيهما يقع فى موردين (الاول) فى ان عقد المكره فاقد للرضا ام لا (الثانى) فى دلالة ماذكر على اعتبار الرضا فى صحة

---

١ - النساء - الاية ٢٩

٢ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى - والاحتجاج ص٢٦٧ - وفروع الكافى ج١ - ص٤٢٦ - والمستدرك ج١ ص٢١٢

العقد (اما الاول) فقد ذهب جمع من المحققين منهم السيد الفقيه ـ والمحقق الاصفهاني والمحقق الايرواني ره الى انه غير فاقد للرضا وان الرضا ملازم للارادة) وقد افاد) المحقق الاصفهاني ره في وجه ذلك ان الارادة المحركة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء الا اذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى والا فلا ينقدح بسببها الشوق في النفس كي يتأكد الى ان يصير علة لحركة العضلات وهذه الملائمة ربما تكون بالاضافة الى القوى الطبيعية كالباصرة وغيرها وربما تكون بالاضافة الى القوة العاقلة كما في شرب المريض الدواء وربما تجتمعـان فما من فعل ارادى الا وهو يصدر اما عن شوق طبيعي اوعن شوق عقلي فليس الرضا وراء الارادة ومباديها ـ فالفعل الصادر عن اكراه كالصادر عن اضطرار انما يكون عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعية و الا لما صدر (وفيه) ان الرضـا بحسب المتفاهم العرفي يلازم ابتهاج النفس في مقابل انقباضها وذلك ربما يكون مع ارادة الفعل وآخر لا يكون معها كما في المكره ـ واما في المضطر فهو موجود دائما وان شئت فاختبر ذلك من حال العرف فهل يتوهم احد ان يكون قول انى فعلت ذلك باختيارى عن غير رضامني اذا كان مكرها عليه متهافتا في كلامه هذا (وبالجملة) لا ينبغي التامل في ان الرضا بحسب المتفاهم العرفي غير الارادة ومباديها (واما المورد الثاني) فالاظهر عدم دلالة الاية و الرواية على اعتبار الرضا (اما الاية) فلانه اذا كان الاستدلال بالمستثني منه و هو ـ لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل بدعوى ان عقد المكره اى الصادر عن غير رضا من مصاديق الباطل (فيرد عليه) انه مع اذن المالك الحقيقي الموجب لخروجه عن كونه باطلا المستكشف في المقام من العمومات لا مجال للاستدلال به وان كان الاستدلال بالمستثنى وهو ـ الا ان تكون تجارة عن تراض (فيرد عليه) ان الاستثناء منقطع غير مفرغ وهو لا يفيد الحصر (واما الرواية) فلان ظاهر الحلية من جهة استنادها الى المال لا الى المعاملات الحلية التكليفية وقد تقدم في اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد ـ وعليه فهذه الرواية اما لا تشمل عقد المكره ـ لعدم حرمته تكليفا او تشمله ولا تدل على عدم نفوذه .

الثاني حديث الرفع (١) ودلالته على بطلان عقد المكره بناءاً على ماحققناه فى حاشيتنا على الكفاية من عموم الحديث لجميع الآثار والاحكام التكليفية و الوضعية واضحة ـ فانه يدل على عدم نفوذ عقد المكره (واما) ما افاده الشيخ الاعظم ره من انه يدل على ذلك حتى بناءاً على كونه ظاهرا فى رفع المؤاخذة ـ من جهة ان استشهاد الامام (ع) به فى رفع بعض الاحكام الوضعية كمافى صحيح (٢) البزنطى حيث استدل (ع) به على عدم وقوع آثار ماحلف به من الطلاق والعتاق ـ يدل على ان المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذة (فيرد عليه) انه بعد فرض كون الحلف بالطلاق والعتاق غير صحيح عندنا من دون الاكراه ايضا ـ لامحالة يكون الاستدلال به غير جار على الحق ولايكون الحديث منطبقا على المورد وعليه فلا وجه لصرف النبوى عن ظاهره اذلا منشأ له سوى دلالة الاقتضاء وتصحيح التعليل ومع فرض كون التطبيق جار يا على وفق التقية لايبقي لذلك محل فافهم واغتنم فالصحيح ماذكرناه .

الثالث النصوص الواردة فى طلاق المكره و عتقه كحسن (٣) زرارة عن الباقر (ع) عن طلاق المكره وعتقه فقال (ع) ليس طلاقه بطلاق و لاعتقه بعتق ونحوه غيره ـ بضميمة عدم الفرق.

حقيقة الاكراه

قوله قده ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على مايكرهه و يعتبر الخ لايخفى انه ما بعد عرفت من ان الميزان فى صحة المعاملة وفسادها صدق كونها مكرها عليها وعدمه وان وجود طيب النفس والرضا و عدمه اجنبيان عن هذا المقام لابد من بيان حقيقة الاكراه وبيان مايعتبر فيها ـ فاقول حقيقة الاكراه حمل الغير

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٥٦ ـ من ابواب جهاد النفس ومايناسبه ـ وباب ١٢ ـ وباب ١٦ ـ من ابواب كتاب الايمان .

٢ ـ الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب الايمان ـ حديث ١٠

٣ ـ الوسائل ـ باب ٣٧ ـ من ابواب مقدمات الطلاق و شروطه ـ حديث ١

على مايكرهه ويعتبر في صدقه امور (الاول) ان يكون بحمل الغير على الفعل واما اذا لم يكن ذلك بل فعله لترضية خاطره فلا يصدق عليه المكره عليه كما انه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة او خوفا من حيوان مثلا لايصدق عليه الاكراه (الثانى) ان يكون حمل الغير مقترنا بوعيد منه على تركه بالمطابقة او بالالتزام كما هو الغالب فى حمل السلطان الجائر فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع كما لو وعده بان ينصبه واليا اذ اباع داره ـ لايكون ذلك مكرها عليه (الثالث) ان يكون الضرر المتوعد به ممالم يكن مستحقا عليه فلو قال بع دارك والاقتلتك قصاصاً وكان مستحقاً عليه او والا اطالبنك بالدين الذى لى عليك لايصدق الاكـراه (الرابع) ان يكون حمل الغير متعلقا بنفس المعاملة ـ فلو حمله على اعطاء مال وتوقف ذلك على بيع داره لايصدق على البيع انـه مكره عليه ـ وان ابيت عن ذلك فلا اقل من عدم شمول حديث الرفع له فان رفعه تضييق لاتوسعة وقد مرانه يعتبر فى شموله كون رفعه منة وتوسعة (الخامس) ان يحتمل ترتب الضرر المتوعد به ولا يعتبر العلم به ولا الظن ولافرق بين ان يكون الضرر المترتب من الآمر او من غيره ـ فلو امره آمر بفعل وخاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية اخيه مثلا يصدق عليه انه مكره عليه

فى اعتبار العجز عن التفصى بمالا ضرر فيه

قوله قده ثم انه هل يعتبر فى موضوع الاكراه اوحكمه عدم امكان التفصى عن الضرر المتوعد به الخ الاقوال فى المسألة خمسة (الاول) اعتبار العجز عن التفصى بالتورية اوغيرها فى صدقه (الثانى) عدم اعتباره (الثالث) التفصيل بين التورية و غيرها فيعتبر العجز عن التفصى بها (الرابع) التفصيل بينهما حكما لا موضوعا (الخامس) انه يعتبر فى الاكراه الرافع للحكم التكليفى العجز عن التفصى بالتورية و غيرها ـ واما فى الاكراه الرافع لاثر المعاملة فلا يعتبر ذلـك ـ بل يكفى العجز

الفعلی المتحقق مع امکان التفصی و ستعرف تقریب ذلك والکلام فی المقام یقع فی جهتین (الاولی) فی بیان المختار ووجهه (الثانیة) فی بیان وجه سایر الاقوال و قبل البحث فی الجهتین لابأس ببیان حقیقة التوریة .

وهی ان یلقی المتکلم کلاماله ظهور فی معنی ـ وهو یرید منه غیر ذلك المعنی و یکون المعنی المراد مطابقا للواقع دون المعنی الظاهر کما اذا استأذن رجل بالباب و قال الخادم له ماهو هیهنا مشیرا الی موضوع خال فی البیت ـ و یعتبر فی صدقها امران آخران (احدهما) ان یکون اللفظ بحسب المتفاهم العرفی ظاهرا فی غیر ماافاده المتکلم فلو کان ظاهرا فیه ولکن المخاطب لقصور فهمه لم یتنبه له لم یکن ذلك من التوریة (ثانیهما) ان یکون ارادة ذلك المعنی من ذلك اللفظ صحیحة بان تکون بینهما علاقة ـ فلو کان استعماله فیه غیر صحیح لماکان من التوریة مثلا لوقال اعطیت زیداخمسین درهما ـ واراد به درهما واحدا وقد اعطاه فی الواقع درهما لم یکن ذلك من التوریة ـ وعلی هذا فالتوریة خارجة عن الکذب الذی هو عبارة عن عدم مطابقة المعنی المراد للواقع موضوعا اذا عرفت هذا فاعلم ان .

الاقوی هو القول الاول (وذلك) لانه یعتبر فی صدق المکره علیه علی الفعل کونه صادرا عن الالجاء والضرورة فمع امکان التفصی لایصدق ذلك و بعبارة اخری ان من یتمکن من التفصی عن الفعل المکره علیه یکون مجبولا علی الجامع بینه وبین ما اکره علیه فاختیار ذلك الفعل لامحالة یکون لخصوصیة اخری غیر الجهة المشترکة بینه وبین التفصی ـ فیستند ذلك الفعل لامحالة الی غیر الاکراه .

واما الجهة الثانیة فقد استدل للقول الثانی ـ و هو عدم اعتبار التفصی مطلقا بوجوه (الاول) ان الاکراه انما هو علی الفعل وهو مکره علیه ابتداءاً والتفصی انما یکون تخلصا عن الاکراه بعد تحقق موضوعه فالاکراه متحقق ولو لم یتفص (الثانی) ان حمل النصوص ومعاقد الاجماعات علی صورة عدم امکان التفصی حمل بعید بل غیر صحیح اذ فی کل مورد فرض الاکراه لامحالة یتمکن الشخص من الفرار عنه بالتوریة

او عدم القصد اوغيرذلك. الثالث(١)خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام لايمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولافي جبرولافي اكراه قلت اصلحك الله فما الفرق بين الجبر والاكراه فقال عليه السلام الجبر من السلطان و يكون الاكراه من الزوجة والام و الاب و ليس ذلك بشيء . وفي الكل نظر (اماالاول) فلانه مع التمكن من الفرار عما اكره عليه لايصدق انه مكره عليه لماعرفت من انه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوعد به على تركه فمع امكان التفصى لايترتب ذلك على تركه فلايصدق عليه الاكراه (واما الثانى) فلان الغالب ان المكره حين الاكراه لايلتفت الى عدم كونه مكرها على القصد ولاجله يرى نفسه مكرها على القصد ايضا(مع) انه لوسلم كون ذلك فرداً نادرالامحذور فيه اذحمل المطلق على الفرد النادر مستهجن - واما اذا اخذ في الموضوع عنوان له افراد نادرة في نفسه فلامحذور فيه والمقام من قبيل الثانى كماهوواضح (واماالثالث)فلانه اجنبى عن المقام اذامانلتزم بان الام اوالزوجة اوالاب تقدر على الاضرار لوترك ما اكره عليه فهويدل على انه لافرق في الضرر المترتب بين كونه قويا او ضعيفا و اما نلتزم بالعدم فهو يدل على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه فيكون ح خلاف المتفق عليه .

واستدل للقول الثالث بانه يعتبر في صدق الاكراه ان يعلم المكره او يظن بانه لو امتنع عن الفعل واطلع عليه المكره بالكسر لاوقعه في الضرر و من المعلوم ان هذا يصدق مع امكان التفصى بالتورية و لايصدق مع التمكن من التفصى بغيرها اذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره وعدم وقوع الضرر عليه (وفيه) ان المعتبر في صدقه انه لوامتنع يحتمل اويظن وقوع الضرر عليه فمع العلم بعدم التفات المكره بالكسر الى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه فلايصدق عليه الاكراه - الاترى انه لوفرض ارسال الجائر الخمر الى بيت احد ليشربها وهويقبل قوله لو قال شربتها و يتمكن من عدم الشرب واظهار الشرب انه لايجوزله الشرب من جهة انه لو اطلع المكره

---

١ - الوسائل - باب ١٦ - من ابواب كتاب الايمان - حديث ١

على الامتناع لاوقعه في الضرر .

واستدل للقول الرابع بالاخبار (١) المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الاكراه وبما ورد (٢) في قضية عمار وابويه حيث اكرهوا على الكفر فابى ابواه فقتلا واظهر لهم عمار ما ارادوا فجاء الى النبي صلى الله عليه وآله فنزلت الاية «من كفر بالله الخ» فقال صلى الله عليه وآله له ان عادوا فعد ولم ينبهه على التورية - و فيهما نظر (اما الاول) فلان عدم الاشارة الى التورية انما هو لاجل ان طبع المتكلم في بيان مراداته بالالفاظ انما هو بالقاء الالفاظ الظاهرة فيها ولا يمكن له التورية الا بالتروي وهو في مقام الخوف والاكراه عسر جدا و حرج شديد (واما الثاني) فلان السب والتبري حرام حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى آخر لان مناط حرمة السب هو انهتاك المسبوب عند الغير وهذا المناط موجود مع عدم القصد ايضا (ثم) ان المحقق النائيني ره اجاب عن الوجه الاول - بان التورية ايضا من الكذب المحرم ولاجله لم ينبه عليها (وفيه) ماعرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعا

و اما القول الخامس الذي اختاره المصنف ره (فحاصله) الفرق بين الاكراه الرافع لاثر المعاملات فيكفي فيه العجز عن التفصي فعلا وان كان قادرا على ان يقدر نفسه عليه - واما الاكراه المسوغ للمحرمات فيعتبر فيه العجز المطلق فمن كان قادرا على التفصي ليس له ارتكاب المحرم المكره عليه - واستند في ذلك الى ان المناط في الاكراه الرافع لاثر المعاملات عدم طيب النفس بالمعاملة وهو يتحقق مع العجز الفعلي وان امكن التفصي ومثل لذلك بمن كان قاعدا في محل فارغ للعبادة فجائه من يكرهه على بيع داره وهو في هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره وله خدم في الخارج لو خرج اليهم يكفونه شر المكره ولكن يكره الخروج - فالظاهر صدق الاكراه الرافع لاثر المعاملة - واما الاكراه المسوغ للمحرمات فهو عبارة عن الجبر غير الصادق في المثال المتقدم الذي اليه يتبادر لفظ الاكراه وعليه يحمل

---

١ - الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب الايمان.

٢ - الوسائل - باب ٢٩ - من ابواب الامر والنهي وما يناسبهما - من كتاب الامر بالمعروف

حديث الرفع وغيره (اقول اولا) قد عرفت انه لادليل على اعتبار الرضا و طيب النفس فى صحة المعاملات بل الرافع هو الاكراه وعليه فلا فرق بين المعاملات و التكليفيات فى ان الرافع والمسوغ هو الاكراه (و ثانيا) انه لو سلم اعتبار الرضا وطيب النفس فالظاهر ان الرضا ليس الاما يقابل الكره ففى كل مورد لم يكن الرضا موجودا لامحالة يصدق الاكراه مثلا فى المثال المتقدم اذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجيا ولاضرريا كما لايصدق الاكراه لايصدق عدم الرضا وطيب النفس وان كان حرجيا اوضرريا فكما يصدق عدم الرضا يصدق الاكراه فتحصل ان الاظهر هو اعتبار عدم امكان التفصي مطلقا .

لو اكره الشخص على احد امرين

قوله قده ومن هنا لم يتامل احد فى انه اذا اكره الشخص على احد الامرين المحرمين لابعينه الخ اقول ان الاكراه تارة يكون على الافراد الطولية واخرى يكون على الافراد العرضية (وقد افاد) المحقق النائينى فى الصورة الاولى بالفرق بين المحرمات والمعاملات فلو كان مكرها على شرب الخمر موسعا لايجوز له المبادرة اليه فى اول الوقت اذ لابد فى ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب فاذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا لامجوز له - واما لو كان مكرها على بيع داره موسعا فاقدامه على البيع فى اول الوقت لايخرجه عن الاكراه (وفيه) انه بعد ماعرفت من ان الرافع لاثر المعاملات بعينه هو المسوغ للمحرمات لوحدة الدليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين .

فالحق فى المقام ان يقال ان الاكراه تارة يكون على الجامع - و اخرى على الفردين على البدل - فان كان على الجامع الذى هو موضوع الاثر - فحيث ان وجود الجامع فى الخارج لابدوان يكون مع خصوصية من الخصوصيات - و المفروض ان موضوع الاثر هو الجامع دون الخصوصيات فكلما وجد فى الخارج يقع مكرها عليه

والخصوصية الملازمة وان لم تكن مكرها عليها الا انه لا اثر لها حتى ترتفع بالاكراه كي يقال انه لا اكراه عليها - واما ان كان على الجامع بين ما هو موضوع الاثر وغيره - كالاكراه على بيع داره صحيحا او فاسدا - فحيث ان الجامع المكره عليه لا اثر له - وما له الاثر وهو الخصوصية لا اكراه عليها وان كانت هي او مقابلها مما لا بد منه - فلا يرتفع شيء بالاكراه وسيأتي لذلك زيادة توضيح في القسم الثاني .

و اما ان كان على الفردين على البدل - فقد يقال كما عن المحقق الاصفهاني ره بالفرق بين باب المعاملات و المحرمات ففي الاول لو اختار احد هما و ان كان هو موضوع الاثر دون مقابله يقع مكرها عليه و لا يترتب عليه الاثر - اذ المفروض انه ومقابله كليهما مكره عليهما على البدل فكل منهما يقع في الخارج يتصف بكونه مكرها عليه و اختيار كل منهما اختيار البدل الاكراهي - و في الثاني لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم ان لم يكن مقابله كك كما في الاكراه على شرب الخمر او الماء اذ المسوغ في المحرمات هو الاضطرار ومع وجود البدل المباح لا اضطرار الى الحرام - ولكن يرد عليه (اولا) ان المسوغ للمحرمات مع قطع النظر عن الاضطرار هو الاكراه فمع صدق المكره عليه على محرم يرتفع حرمته به وان لم يصدق عليه المضطر اليه فلا وجه للفرق بين البابين (وثانيا) ان الاكراه على البدل لا يزيد على الاكراه التعييني فقد مر انه مع امكان التفصي في الاكراه التعييني لا يصدق الاكراه ولا يرتفع الاثر به فكك في الاكراه على البدل فاذا كان احدهما موضوع الاثر دون الاخر فيمكن التفصي عما هو موضوع الاثر فلا وجه لتطبيق ادلة الاكراه عليه وان شئت قلت انه في الاكراه على البدل بين ما هو موضوع الاثر وما لا اثر له - يصرح المكره باتيان موضوع الحكم او التفصي عنه فلا مورد لادلة الاكراه فتدبر (فتحصل) انه لو اكره علي فردين احد هما مباح والاخر حرام او احدهما صحيح و الآخر فاسد فحيث انه يمكن التخلص عن الحرام والصحيح فلا يكون مكرها عليه (ومنه) يظهر حكم ما لو كان حكم احد هما اشد - كما لو اكره على شرب النجس او النجس المغصوب لا يجوز ارتكاب الثاني

فانه بالنسبة الى المغصوب يمكن التفصي فتدبر .

لو اكره احد الشخصين على فعل واحد

قوله قده ثم ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد بمعنى الزامه عليهما كفاية الخ في المسألة وجوه واقوال (احدها) ما في المتن وهو ان فعل كل منهما يقع مكرها عليه وان علم ان صاحبه يفعله (ثانيها) ما اختاره المحقق النائيني ره وهو انه لو علم ان صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الاكراه لايقع فعله مكرها عليه والا فيقع كك وان علم ان صاحبه يفعله لدفع الاكراه (ثالثها) ما اختاره السيد الفقيه وهو انه ان علم بان صاحبه يفعله وان فعل هذا لايقع فعله مكرها عليه والا فيقع كك وان علم انه يفعله ان لم يبادر هذا الى الفعل (رابعها) ما اختاره المحقق الايرواني ره وهو ان اكراه كل مختص بصورة عدم اتيان الآخر فاذا احتمل كل اتيان صاحبه لم يكن فعله عن اكراه (خامسها) ماهو الحق في المقام وستعرفه وقبل بيان ماهو الحق ينبغي التنبيه على مقدمة (وهي) ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد كايجابه عليهما على نحو الكفاية فكما ان كلا منهما في الفرض الثاني مكلف غاية الامر بالتكليف المشروط بعدم اتيان الآخر ولهذا بنينا في الواجب الكفائي على ان كلا منهما بادر الى الفعل يكون فعله مصداقا للواجب ويثاب عليه و لو صدر الفعل عن الجميع في عرض واحد يقع كل منهما مصداقا له ويثاب عليه كك كل منهما مكره على الفعل في المقام في فرض عدم مبادرة صاحبه الى الفعل ـ نعم ـ بين البابين فرق ـ من ناحية اخرى ـ وهي ـ انه في صدق الاكراه يعتبر عدم امكان التفصي والتخلص عن المكره عليه كما عرفت .

اذا عرفت هذا (فاعلم) ان المكره عليه ان كان فعلا واحدا ولم يكن ترتب الاثر او الحكم بلحاظ حيثية الصدور ـ كما لو اكره احد الوليين على بيع مال الصبي كل منهما فعل يقع فعله مكرها عليه و ان علم ان صاحبه يفعله فان ما هو موضوع

الاثر و هو البيع على مال الصبى لا يمكن التفصى عنه و المفروض وقوع الاكراه عليه وان كان المكره عليه فعلا واحد او كانت حيثية الصدور دخيلة فى الحكم ـ كما لو اكره احد الشخصين على شرب اناء من الخمر معين على نحو الكفاية فان علم ان صاحبه يشربه لا يجوز له الشرب ولو شرب لا يكون مكرها عليه لفرض امكان التفصى والتخلص بمعنى انه لو لم يفعل لما وقع فى الضرر ولو علم ان صاحبه لا يفعله يجوز له الشرب ويقع فعله مصداقا للمكره عليه ـ ولو احتمل ذلك فهل يجوز له الفعل ام لا وجهان مبنيان على انه هل يعتبر فى صدق الاكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك ام يكفى احتمال ترتبه اذ على الاول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتبه ـ و على الثاني يجوز ـ وحيث عرفت ان الاظهر هو الثانى ـ فالا قوى هو الجواز الا اذا علم بان صاحبه يفعله فتدبر .

صور تعلق الاكراه

قوله قده واعلم ان الاكراه قد يتعلق بالمالك والعاقد كما تقدم وقد يتعلق بالمالك دون العاقد الخ اقول لقد تقدم حكم تعلق الاكراه بالمالك العاقد ـ والكلام فى المقام انما هو فى صورتين (الاولى) مالو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد كما لو اكره على التوكيل فى بيع ماله (الثانية) مالو انعكس الامر وهى مالو اكره العاقد دون المالك .

اما الصورة الاولى ـ فلا اشكال فى فساد التوكيل فالعاقد يكون فضوليا فى بيعه فلو تعقبه الاجازة صح والا فلا ـ و هذا مما لا كلام فيه ـ انما الكلام فى انه اذا كان مورد الوكالة ايقاعا دون العقد كما لو اكره على التوكيل فى طلاق امرأته ولم يجز الطلاق بل اجاز الوكالة فانه ان اجاز الطلاق لا يصح للاجماع على عدم صحة الفضولي من الايقاعات وان عقبه الاجازة ـ وبنينا على الكشف دون النقل اذ على النقل لا يصح فى المقام كما هو واضح ـ والحق ان يقال انه ان كان معقد الاجماع عدم

صحة الايقاع الذى تعلق به الاجازة ـ ففى المقام بما ان الاجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق وان كان المعقد ان الايقاع لايصح انيكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح فى المقام فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة والمتوقف على متوقف على شيء متوقف عليه فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلايصح (فتحصل) ان الاظهر عدم الصحة تعلقت الاجازة بالايقاع او التوكيل .

واما الصورة الثانية ـ و هى مالو تعلق الاكراه بالعاقد دون المالك ـ فقد يكون المكره هو المالك كما لو قال المالك للعاقد بع دارى اوطلق زوجتى وقد يكون الاكراه من الاجنبى كما لو اكره الوكيل على بيع دار موكله او طلاق زوجته والى هاتين الصورتين نظر المسالك و تكون الصورة الاولى هى الفرع الاول المذكور فيها ـ والصورة الثانية هى الفرع الثانى ـ وقد ذكرهما المصنف ره فى المتن وفى المقام اقوال (احدها) الصحة فى الفرعين ذهب اليه المصنف ره و غيره (ثانيها) البطلان فيهما (ثالثها) التفصيل بين الفرعين بالبناء على الصحة فى الفرع الاول و البطلان فى الثانى اختاره المحقق النائينى ره .

وقد استدل للبطلان فى الموردين بوجوه ـ عمدتها و جهان (الاول) ان مقتضى حديث رفع الاكراه رفع اثر العقد ـ واجاب عنه المصنف ره بقوله ان الحديث انما يرفع حكما ثابتا على المكره لولا الاكراه ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه (وليس) مراده ان حديث الرفع انما يرفع الحكم الذى على المكره لا الذى له من جهة ان ذلك هو المناسب للامتنان الذى احتمله السيد الفقيه ـ فانه يرد عليه انه لازمه صحة قبول الهبة اكراها ـ مع ـ انه لايعتبر فى شمول الحديث كون الحكم ضررا عليه بل يكفى كونه منافيا لغرضه (كما انه) ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الاثر المتعلق به واثر العقد فى الفرض ليس متعلقا به كما احتمله السيد ايضا فانه يرد عليه انه لادليل على هذا التقييد (بل الظاهر) ان مراده ان لفعل الوكيل

جهتين ـ احديهما ـ جهة العقدية ـ ثانيتهما ـ جهة قيامه بالوكيل ـ و الاكراه لايؤثر فی فقد عقد الوكيل لشیء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية و نحوها بعد كونه مستجمعة لها ـ و الجهه الثانية غير دخيلة فی ترتب الاثر و حصول النقل و الانتقال لكون الوكيل اجنبيا عن المال بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى المالك الموكل والمفروض عدم كونه مكرها ـ فما هو موضوع الاثر لم يتعلق الاكراه به وما تعلق الاكراه به لااثر له و هو حسن (الثانی) ان القصد الى المعنى شرط فی صحة العقد ومع الشك فی ذلك لااصل يحرز به كون المكره قاصدا له اذ اصالة القصد الجارية فی افعال العقلاء انما هی فی الافعال الاختيارية دون المكره عليها (وفيه اولا) ان الكلام انما هو بعد احراز القصد (وثانيا) ان اصالة القصد انما هی فی مطلق الافعال الاختيارية فی مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش (واستدل) للبطلان فی الفرع الثانی المحقق النائينی ره بان المكره اذا كان غير المالك فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد ومجرد الرضا لايصحح الاستناد كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا (وفيه) ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلا مفوضا وفعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة فالاظهر هی الصحة فی الفرعين

الاكراه على بيع عبد من عبدين

قوله قده فرع ولو اكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما او باع نصف احد هما الخ اقول فی المسألة صور

الاولى ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما تدريجا فقد جعل المصنف وقوع الاول مكرها عليه دون الثانی هو الظاهر ـ واحتمل الرجوع اليه فی التعيين ـ واورد جل من تاخر عنه عليه بانه لاوجه لهذا الاحتمال اذ بعد انطباق عنوان احدهما على بيع الاول قهرا و ارتفاع لسان المكره عنه واندفاع ضرره به لحصول مقصوده لاوجه لوقوع الثانی مكرها عليه (ولكن) يمكن ان يقال ان نظر المصنف ره الى انه

لو باع الاول بالبيع الخيارى ثم باع الثانى ـ فله ان يفسخ البيع الاول فيقع الثانى مصداقا للمكره عليه وله ان يبقيه على حاله فيكون الاول مصداقا لـه فيكون البايع هو المرجع فى التعيين بهذا المعنى واما فى صورة لزوم العقد الاول فلايحتمل فى حق المصنف ره احتمال وقوع الثانى مكرهاً عليه

الصورة الثانية ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما دفعة ـ ففى المسألة وجوه (الاول) صحة الجميع ذهب اليها المصنف وجل الاساطين ممن تاخر عنه (الثانى) بطلان الجميع (الثالث) بطلان احد هما وصحة الاخر ويرجع فى التعيين الى القرعة

واستدل للاول بوجهين (الاول) ما فى المتن واختاره المحقق النائينى ره وهو ان ماصدر عنه خارجا غير ما اكره عليه وما اكره عليه لم يصدر و مجرد اشتمال المجموع على احد هما لايوجب صدق الاكراه على احد هما فضلا عن كليهما (و فيه) ان المكره عليه ليس بيع احدهما بشرط لا كى لايصدق على بيع احدهما فى المقام بل بيع احد هما لابشرط الحاصل فى ضمن بيعهما ـ لان لابشرط يجتمع مع الف شرط فضم بيع آخر اليه لايخرجه عما اكره عليه (الثانى) ما افاده السيد الفقيه وتبعه المحقق الايروانى ره ويمكن استظهاره من كلمات المصنف ره ـ وهو ان بيعهما معا دفعة مع كون الاكراه على احدهما يكشف عن كون البايع راضيا ببيع احدهما و معه لا يؤثر الاكراه شيئا لان المفروض ان ماالزمه المكره وهو بيع احدهما غير المعين نفس ما هو راض به فلايكون اكراها على مالا يرضاه (وفيه) ان بيع المجموع لا يكشف عن كون البايع راضيا ببيع احدهما فى مفروض المسئلة وهو كونه كارها لبيع كل منهما لولا الاكراه بل يمكن ان يكون ناشئاً عن غرض آخر من انه يشق عليه التفرقة بينهما لكونهما والدا وولدا اوانه لايوجد من يشترى احدهما منفردا اونحو ذلك فح يكون بيع كل منهما مكروها ـ و لكن لماعرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكره عليه فى صدق الاكراه و هذا المعنى لاينطبق على كل منهما الا على البدل

فلا محالة يقع احدهما مكرها عليه دون الاخر - وحيث ان انطباقه على واحد معين ترجيح بلا مرجح - والقرعة لامورد لها في المقام اذ الظاهر من ادلتها(١) كونها معينة لما له التعين واقعاً لاحظ قوله (ع) القرعة سهم من سهام الله و سهم الله لايخطيء - فانه اذا لم يكن له واقع معين لامعنى لخطأها وعدمه - فيتعين البناء على بطلانهما معا.

الصورة الثالثة ان يكون المكره عليه واحدا معينا فباعهما دفعة - لاينبغي التوقف في صحة بيع مالم يكره على بيعه وان كان لولا الاكراه على المعين لما باعه لانه لا يترتب الضرر على تركه فلا يكون مكرها عليه - كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة الى المكره عليه - لصدق الاكراه بالاضافة اليه.

الصورة الرابعة ما لو اكره على بيع واحد معين فباع نصفه - فتارة يشمل اكراه المكره لبيعه دفعتين و اخرى لايشمله - فاذا شمله - فان باع النصف بقصد ان يبيع النصف الاخر فلا كلام في كونه مكرها عليه - وان باعه لرجاء ان يقنع المكره بالنصف فقد اختار المصنف ره كونه ايضاً مكرها عليه و خالفه المحقق النائيني ره بدعوى ان البيع كك غير ماتعلق الاكراه به فان رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب والرضا ببيع النصف (اقول) الحق ماافاده المصنف ره فان من يدفع النصف الى المكره وداعيه الى الدفع هو الاكراه وانما يدفعه لرجاء ان يقنع المكره - يكون ذلك استدعاءاً منه لان يتبدل الاكراه التعييني بدفع التمام الى الاكراه التخييري بين دفع التمام ودفع النصف فكما انه في صورة التخيير ابتداءاً يقع كل من فردي التخيير مكرها عليه كك في التخيير بعد الاستدعاء (وبالجملة) لاينبغي التوقف في ان من يدفع الى المكره نصف مااكره عليه لدفع شره ورضي المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه - الاترى انه لو اجبر ظالم شخصا باعطاء الف تومان فاعطاه نصفه واستدعى منه قبوله ذلك وعدم اضراره يصدق عليه انه مكره عليه ولاسبيل الى دعوى انه هبة صحيحة لانه غير مااكره عليه والسر فيه ماذكرناه. وبهذا البيان (ظهر) انه لو اكره على دفع شيء و اعطى شيئاً آخر لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه -

---

١- الوسائل- باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم

لانه بفعله هذا يستدعي منه تبديل اكراهه التعييني الى الاكراه التخييري فيصير دفعه هذا احد فردى التخيير فيصدق عليه انه مكره عليه - وبهذا ظهر حكم ما اذالم يشمل الاكراه لبيعه دفعتين فانه ان باع نصفه لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه .

(قوله قده لكن في سماع دعوى البايع ذلك مع عدم الامارات نظر الخ)

لم يظهر لي فرق بين هذا المورد وبين ما لو اكره على بيع شيء معين فباعه فكما ان هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الاكراه عن رضاه به كذلك في ذلك المورد فما الوجه في سماع دعواه هناك وعدم سماعها هنا - وان شئت قلت ان اصالة الجد التي عليها بناء العقلاء لاتجرى في امثال هذه المقامات فتدبر .

الاكراه على الطلاق

قوله قده بقي الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق الخ

اقول قبل الشروع في بيان محتملات الفرع المذكور و ما هو الحق فيه - لابد من التنبيه على مقدمة (وهي) ان المصنف ره تعرض لامر هنا كان المناسب ذكره في المحل الذي ذكر مفهوم الاكراه ونحن ايضا غفلنا عن ذكره هناك وهو انه اذا كان الضرر المتوعد به على ترك المكره عليه هو ما يترتب على المكره بالكسر لا المكره - كما لو قال طلق زوجتك والاقتلت نفسي - فهل يصدق عليه الاكراه ام لا فقد استشكل المصنف ره في ذلك - والحق هو التفصيل فانه ربما يعد ضرر المكره ضرراً للمكره بالفتح كما لو كان المكره بالكسر هو العبد او الابن - والمكره بالفتح هو المولى او الاب فان ضرر العبد او الابن بالقتل يعد ضررا على المولى والاب - وفي هذا المورد يصدق الاكراه اذ لافرق في ترتب الضرر المعتبر في صدقه بين كونه ضررا مع الواسطة او بلا واسطة و لذا لو قال الاجنبي بع دارك والا قتلت ابنك يكون ذلك اكراها و

ربما لا يعد ضرره ضررا عليه كما لو كان المكره بالكسر هو الا جنبى و قال طلق زوجتك والاقتلت نفسى فانه لايعد ضررا عليه فلا يصدق الاكراه ـ ومن هذا القبيل مالو كان الداعى على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر كما لو قال الاجنبى طلق زوجتك والازنيت بامرأة اجنبية ـ فان طلاق زوجته لئلايقع فعل محرم فى الخارج ليس طلاقا ناشئا عن خوف ترتب الضرر فلا يصدق عليه انه مكره عليه .

اذا عرفت هذا فاعلم انه يقع الكلام فى موردين (الاول) فى بيان وجه فتوى العلامة ره بالصحة (الثانى) فى بيان محتملات هذا الفرع فى نفسه واحكامها

اما الاول فالظاهر ان نظر العلامة ره الى انه لو اكره على الطلاق وان لم يقصد المعنى الذى يكون عند العامة طلاقا شرعيا مع النطق بالصريح فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق فانه غير مكره عليه (وايراد) المصنف ره عليه بانه يبتنى على القول باعتبار عدم امكان التفصى بالتورية فى صدق الاكراه اذ لافرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى وقد مر عدم اعتباره ـ مندفع (اولا) بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية فى صدقه و (ثانيا) بالفرق بينهما بعد كون المكره راضيا بالنطق بالصريح مع عدم القصد لاحظ وتامل فى الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه فى المقام .

واما المورد الثانى فالاحتمالات المتصورة خمسة (الاول) ان لايكون للاكراه دخل فى الطلاق بل يوقعه عن طيب نفسه ورضاه والمكره لجهله بحاله اكرهه عليه لااشكال ولا كلام فى صحة هذا الطلاق .

الثاني ان يكون كل من الاكراه والرضا سببا مستقلا بحيث لولا الاكراه كان يوقعه ـ ولولا الرضا لاوقعه دفعا للاكراه فعن المحقق النائينى ره الحكم بالبطلان (بدعوى) ان كل علتين مستقلتين اذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع لا يؤثر كل منهما كاجتماع الرياء وقصد الامر فى العبادات ـ فهذه المعاملة وان صدرت عن الرضا الا انها تكون عن اكراه ايضا ـ او انها وان لم تكن عن اكراه الا انها لاتكون تجارة عن تراض (وفيه اولا) ان المكره اذا كان راضيا لايصدق على ماصدر

عنه عنوان المكره عليه بل يصدق هذا العنوان مشروطا بمعنى انه لولم يكن راضيا كان مكرها عليه (وبالجملة) مع وجود الرضا لا يصدق الاكراه ولا يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقق في الفرض و يكون مبطلا للصلاة بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقي شرع في الصلاة امام الناس فان هناك سببين مستقلين لعدم ابطاله صلاته الخوف من الله تعالى - و حفظ مقامه عند الناس فهل يتوهم القول ببطلان صلاته لان ما بقي من صلاته يقع عن سببين مستقلين فتدبر (و ثانيا) انه لو فرض استناد الطلاق الى الرضا و الاكراه فمن حيث استناده الى الاكراه لا يترتب عليه الاثر الا انه يترتب عليه الاثر من حيث استناده الى الرضا و بعبارة اخرى الاستناد الى الاكراه لا يؤثر في البطلان كما هو الحال في الرياء بل يوجب عدم تأثير العقد المستند اليه فلا يمنع عن صحته من حيث استناده الى الرضا . (و ثالثا) ان حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان لا يشمل مثل هذا الطلاق لان رفع اثره خلاف الامتنان - فالاظهر هي الصحة في هذه الصورة .

الثالث ان يكون كل من الاكراه والرضا جزء السبب بحيث انه لولا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما - وقد حكم المصنف ره بالصحة في هذه الصورة وتبعه السيد ره (واستدل) له بصدق كون الفعل عن الرضا وان كان تحققه بعد وجود امر آخر من الزام الغير . و اورد عليه بايرادين (احدهما) ما افاده المحقق الايرواني ره - وهو انه كما يصدق كون الفعل عن الرضا فيشمله دليل جواز الاكل بالتجارة عن تراض - كذلك يصدق كون الفعل عن الاكراه فيشمله دليل رفع ما استكرهوا عليه (وفيه اولا) ان الاكراه لا يقتضي الفساد كي يعارض ما يقتضي الصحة كما تقدم (و ثانيا) انهما لو تعارضا تساقطا فيرجع الى اطلاقات ادلة امضاء تلك المعاملة او الايقاع (ثانيهما) ما افاده المحقق النائيني ره و هو ان الرضا و الاكراه ان وردا دفعة على المسبب فالفعل مستند اليهما و الاكراه وان لم يقتض الفساد الا ان المقتضي للصحة

ايضالم يتحقق لعدم صدق التجارة عن تراض . (وفيه) ما عرفت من انه لادليل على اعتبار الرضافى صحة العقد وان الدليل منحصر بمادل على رفع اثر المكره عليه وعليه فلايحكم بالفساد من هذه الجهة . (والحق) في المقام ان يقال انه ان لم يصدق صدور العقد عن الاكراه فلاينبغى التامل فى الصحة لعدم المانع ـ وان صدق فيمكن دعوى ان منصرف دليل رفع ما استكرهوا عليه هو مالو كان الاكراه سببا تاما لصدوره فلايشمل المقام فالاظهر هى الصحة .

الرابع . ان يكون احد هما سببا مستقلا و الآخر ضميمة فلا كلام فى انه يلحقه حكمه فان كان السبب هو الرضا حكم بالصحة و ان كان هو الاكراه حكم بالبطلان .

الخامس ان يكون الاكراه داعيا على الداعى على الطلاق اما لاعتقاد ان الحذر لايتحقق الابايقاع الطلاق حقيقة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة فيوقع الطلاق قاصدا ـ اولجهله بالحكم الشرعى فزعم ان الطلاق يقع مع الاكراه فيرضى نفسه بذلك و يوطنها عليه فقد حكم المصنف ره بتحقق الاكراه فى هذه الصورة ـ وخالفه المحقق النائينى ره . و (استدل) للصحة بانه طلق ناويا و مريد اللطلاق ـ ثم احتمل البطلان من جهة ان الاكراه صارعلة لارادة اسم المصدر فالفعل بالاخرة يستنداليه وان كان الداعى الثانوى اختياريا ـ و رده بان لازمه بطلان اغلب المعاملات فانها بالاخرة تنتهى الى غير الاختيار . (اقول) الحق ماافاده المصنف ره فان توطين النفس وارادة الفعل واسم المصدر لاينافى مع الاكراه بل هذا المعنى ربما يستند الى الرضا وآخر الى الاكراه والافمع عدم الارادة لايصدق انه صدرعنه الطلاق عن اكراه بل لم يصدرعنه وحديث رفع الاكراه انمايرفع اثر الطلاق الواجد لجميع مايعتبرفيه سوى انه صدرعن اكراه (ودعوى)انه لوحكم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان اغلب المعاملات (غريبة) فانه انما يحكم بالبطلان هناك لحديث رفع الاكراه ولاربط لذلك بمسألة الاختيار وعدمه ـ فالاظهر هو البطلان فى هذه الصورة (ثم انه) لايهمنا التعرض لماقيل فى بيان مراد العلامة

ره ومايمكن ان يورد عليه .

لو تعقب الرضا عقدالمكره

قوله قده ثم المشهور بين المتاخرين انه لورضى المكره بمافعله صح العقد الخ اقول قدمر فى اول هذا المبحث ان محل الكلام هو العقد الجامع لجميع مايعتبر فيه من قصد اللفظ والمعنى والجد وغير ذلك وعليه فالاستدلال للبطلان ـ بعدم قصد المكره للفظ ـ او عدم قصده للمعنى ـ او عدم قصده لوقوع مضمون العقد فى الخارج ـ فى غير محله بل عمدة الوجه للبطلان فى مقابل الاطلاقات و العمومات الدالة على صحة معاملة المكره ـ امران ـ

الاول قوله تعالى لاتاكلو(١) اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم بتقريب انه يدل على انحصار التجارة الممضاة بما اذا كانت ناشئة عن الرضا و من المعلوم ان عقد المكره وان لحقه الرضا ليس عقدا عن الرضا بل هو عقد ورضا (واجاب عنه المصنف ره بان الاستدلال ان كان بمفهوم الحصر فيرده ان الاستثناء منقطع غير مفرغ واورد عليه بايرادات (الاول) ان المنقطع لاينقسم الى قسمين مفرغ وغير مفرغ فانه اذا كان مفرغا يكون متصلا لامنقطعا مثلا اذا قال ماجائنى الا حمار يقدر المستثنى منه مايشمل الحمار ايضا اذ لاداعى الى تقدير لفظ القوم ح (وفيه) انه يمكن ان يكون المستثنى منه المقدر منقطعا كما اذا قيل هل جائك القوم فقال ماجائنى الا حمار اذ المقدر فى الجواب هو المسئول عنه والظاهر ان غرض المصنف ره ان الاستثناء منقطع مذكور فلايحتمل فيه الاتصال (الثانى) ان الاستثناء المنقطع يرجع الى المتصل فى اللب اذ لابد من ان يكون المراد من المستثنى منه مايشمل المستثنى والا فلايصح الاستثناء مثلا يكون المراد من ماجائنى القوم ـ القوم ومن يرتبط بهم ـ والشاهد على ذلك انه لا يصح ان يقال ماجائنى زيد الا عمرو ـ وايضا لايصح ان يقال ماجائنى القوم الا حمار اذا

---

١ ـ النساء الاية ٢٩

لم يكن الحمار متعلقا بهم وعلى ذلك فجميع الاستثناءات المنقطعة ترجع الى المتصل فتدل على الحصر (وفيه اولا) ان الاستثناء لايقتضي الدخول حقيقة بل ربما يكون المصحح توهم الدخول كما في قوله تعالى (وسجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس) فانه حيث كان بينهم وان لم يكن منهم يتوهم الدخول في الحكم فلذا اخرجه وعليه فكون الا بمعنى الاخراج لايقتضي رجوع المنقطع الى المتصل (وثانيا) ان ارجاع المنقطع الى المتصل لاوجه له سوى التحفظ على ظهور كلمة الا في الاخراج وان حملها على لكن خلاف الظاهر وللمنع عن ظهورها في ذلك بنحو تصلح قرينة للتصرف في المستثنى منه بحمله على خلاف ظاهره بارادة الاعم مجال واسع ولا اقل من الاجمال (الثالث) ان المراد بالباطل في الآية الشريفة هو الباطل الشرعي و الغرض بيان كون كل اكل باطلا الا التجارة عن تراض فيكون المعنى لاتأكلوا اموالكم بينكم بوجه من الوجوه فان كل وجه باطل الا التجارة عن تراض فذكر الباطل لبيان علة الحكم وعليه فالاستثناء في الآية الشريفة يكون متصلا (وفيه) انه خلاف الظاهر اذ الظاهر منه كون الباطل موضوعا لاعلة للحكم وايضا الظاهر منه ارادة الباطل العرفي فتدبر فالحق تمامية جواب المصنف ره (ويرد عليه) مضافا الى ذلك ان المراد من التجارة ليس هو العقد كي يعتبر ان يكون عن الرضا بل المراد بها الكسب و الاكتساب وهو لايحصل شرعا الا بعد الرضا فيكون تجارة عن تراض .

الامر الثاني حديث (١) الرفع بتقريب انه يدل على رفع اثر ما استكرهوا عليه تكليفا كان ام وضعا فاثبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه ولو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا خلاف مقتضى الحديث .

واجاب عنه المصنف ره باجوبة (الاول) ماظاهره ـ ان حديث الرفع بمقتضى وروده في مقام الامتنان يختص بالآثار التي تكون على المكره ـ ولايشمل الاثر الذي له ولا الاثر المتوجه الى غيره ـ وعليه ـ فحيث ان الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٥٦ ـ من ابواب جهاد النفس وما يناسبه

وان له ان يرضى وله ان لايرضى ـ حكم له لاعليه ـ والزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره اويفسخ الزام لغيره ـ ومعنى صحة عقد المكره ان رضى هوذلك فلاتكون الصحة بهذا المعنى مشمولة للحديث .

و اورد عليه بايرادين (احدهما) ماعن السيد الفقيه و المحققين النائينى ره و الاصفهانى ـ وهوان الحديث لوسلم انه لايرفع الاثر الذى للمكره فانما يختص بالاثر الثابت للعقد لولاحديث رفع الاكراه واما الاثر الثابت له بعدوروده فلايصلح الحديث لرفعه والصحة بمعنى وقوفه على الرضا حكم يثبت بعد ورود حديث الرفع اذمع قطع النظر عنه اثر العقد هو فعلية التأثير لاوقوفه على الرضا فلا يصلح حديث الرفع لرفعه و لانظر له اليه (اقول) يمكن توجيه كلامه بنحو لايردعليه هذا الايراد وحاصله ان اثر العقد هو الملكية من حين العقد الى الابد ـ و اذا كان حديث الرفع مختصا بما فى رفعه منة يرتفع مقدار من الملكية الذى يكون ثبوته منافيا للامتنان و هو الملكية قبل الرضا و اما الملكية بعد الرضا التى هى اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع فحيث انه لاامتنان فى رفعها فهى لاترتفع بالحديث ـ وبالجملة ـ المرفوع بالحديث انما هومقدار من الملكية التى هى باجمعها اثر العقد و يكون فى رفعه منة و اما المقدار الذى لامنة فى رفعه و هى الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعا بالحديث (الايراد الثانى) ما اورده السيد الفقيه ره و المحقق النائينى ره و هو ان المرفوع لا يختص بالآثار المتعلقة بالمكره بل المرفوع مطلق الآثار (وفيه) ان الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين قسم منها مترتب على الآثار المتعلقة بالمكره نظير مالواكره على النكاح فاوقع النكاح عن كره فانه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة و كون الزناء معها زنا بذات البعل ونحو ذلك مترتبة على زوجية تلك المرأة للمكره ـ و قسم منها يكون مترتبا على ذلك الفعل مستقلا نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه وبين المكره حيث انه مترتب على العقد مستقلا وماذكراه يتم فى القسم الاول دون الثانى فتدبر ـ فظهران هذا الجواب متين .

الجواب الثاني ان الحديث انما يرفع الاثر المترتب على المكره عليه لولا الاكراه واما الاثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه وهو واضح والاثر الثابت للعقد مع قطع النظر عن الاكراه السببية المستقلة والمدعى ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك وهذا غير مرتفع بالاكراه (ثم اورد) على نفسه بان اثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث وثبوت السببية الناقصة يحتاج الى دليل آخر مفقود فيرجع الى اصالة الفساد (واجاب عنه) بان المطلقات قيدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا فى مرتبة سابقة على الحديث فيكون المستفاد منها بعد الجمع ان العقد المرضى به بالرضا السابق او اللاحق يكون مؤثرا و لا حكومة للحديث على ذلك اذ البيع المرضى به بالرضا السابق لايعقل عروض الاكراه عليه و اما المرضى به بالرضا اللاحق فهو مع هذا القيد لايعرضه الاكراه و بدونه و ان كان يعرضه الا انه لااثر له اذ كونه جزء المؤثر عقلى قهرى يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضى به وعلى هذا فالمطلقات المقيدة بالرضا الاعم من السابق او اللاحق دليل صحة هذا العقد . (اقول) يرد عليه امور (احدها) ما تقدم من انه لولا دليل رفع ما استكرهوا عليه لما كان دليل على اعتبار الرضا فى العقد (ثانيها) ان الجزئية للمؤثر و ان كانت غير مجعولة الا انها مجعولة بتبع جعله جزء المؤثر وهو قابل للرفع (ثالثها) انه على هذا لايكون حديث الرفع من الادلة فى هذا المبحث فالحق عدم تمامية هذا الجواب نعم جوابه الاول تام .

و يمكن ان يجاب عن هذا الوجه بجواب آخر و هو ان الآثار انما تترتب على المنشآت لا الانشائات و هى امور باقية اعتبارا فلها حدوث و بقاء ومن الواضح ان المرفوع انما هو المكره عليه بهذا العنوان كما هو الشأن فى جميع العناوين المأخوذة فى الموضوعات فما دام يكون الاكراه باقيا لايترتب عليه الاثر و اذا تبدل الى الرضا فهو يكون مؤثرا بقائا ـ ونظير ذلك ما لو اكره الجنب على الجلوس فى المسجد فانه مادام بقاء الاكراه ترتفع الحرمة فاذا تبدل الى الرضا يحرم جلوسه

بقاءاً (فتحصل) ان الاظهر ماهو المشهور من صحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا .

بيع الفضولى

قوله قده و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او ماذونين من المالك او الشارع فعقد الفضولى لايصح الخ اقول الكلام فى هذا المقام قبل الشروع فى المسائل يقع فى جهات .

الاولى ان الكلام فى المقام ليس فى ترتب اللزوم على عقدالفضولى وعدمه۔ بل فى صحته الفعلية وعدمها وانه هل يترتب عليه الاثر ام لا ـ فمافىالمتن من تفسير عدم صحته بعدم ترتب اللزوم على عقده كانه سهو من قلمه الشريف .

الثانية ان الفضول جمع الفضل و هو فعل مالا يعنى بالشخص و لا يهمه و الفضول من الجموع التى جائت بمعنى المفرد اذااستندت الى الشخص ـ فهويطلق على من يعمل عملا لايهمه وغير مربوط بهوليس لهفىالاصطلاح معنى خاص ـ بل هو عبارة ـ عمن يعامل معاملة لايكون مالكا لها ـ اما لعدم مالكيته للعين التى هىمورد المعاملة كبيع مال الغير ـ اولتعلق حق الغير بالعين كالمرهون ـ او لمنع الشارع عنها الا باذن شخص خاص كنكاح بنت الاخ حيث انه يعتبر فى صحته اذن عمته لو كانت زوجته ـ و يترتب على ما ذكرناه امر ان (احدهما) ان الاولى التعبير ببيع الفضولى بنحو الاضافة لاالبيع الفضولى بنحوالتوصيف (ثانيهما) انمراد المصنف ره بقوله ـ ان يكونا مالكين ان كان مالكيتهما للتصرف اغنى عن ذكر قسيمه و ان كان مالكيتهما للعين فيرد عليه ان مجرد ذلك لايكفى مع عدم مالكيتهما للتصرف لتعلق حق الغير مثلا بما هو مورد المعاملة .

الجهة الثالثة ان المصنف ره ارسل عدم جريان الفضولى فى الايقاعات ارسال المسلمات و نقل دعوى الاجماع عليه من غاية المرام (و الحق) ان يقال انه ان بنينا على بطلان الفضولى على القاعدة فى العقود وخرجنا عنها لدليل خاص فلايصح ايقاع

الفضولي لعدم الدليل ـ واما بناءاً على صحته مع الاجازة على القاعدة فلا وجه لما افاده ـ وذلك لانه لم يذكر دليلا على بطلان ايقاعه عموما سوى الاجماع ويرد عليه (اولا) انه غير ثابت بل المتتبع يقف على شواهد يطمئن بعدمه ـ فان ظاهر جمع منهم وصريح آخرين البناء على صحته مع الاجازة في جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث بناءاً على انها ايقاع ـ وعتق الراهن العبد المرهون ـ وعتق المرتهن اياه و غير ذلك من الموارد ـ و لذا قال في الجواهر بل عرفت مما قدمناه جريانه في العقود و غيرها من الافعال كالقبض و نحوه و الاقوال التي رتب الشارع عليها الاحكام الا ما خرج بالدليل كما او مىء اليه في شرح الاستاد (وثانيا) انه لو ثبت فليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم فلايستند اليه .

الجهة الرابعة في انه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضى المالك من دون اذن منه صريحا او فحوى كما هو المنسوب الى ظاهر الاصحاب ام لايشمله بل يكفي مجرد رضاه في صحة العقد و ترتب اثره كما اختاره المصنف ره ـ ام يفصل بين ماذا كانت الاجازة لتحقق استناد العقد الى من يملك التصرف حتى يكون العقد عقده فلا يكفي وبين ما اذا كانت لجهة اخرى كالعين المرهونة اذا باعها مالكها فان اجازة المرتهن ليست لاجل تحقق استناد العقد اليه بل لان العين وثيقته كما اختاره السيد الفقيه وجوه ـ وقد استدل للثاني بوجوه .

الاول عموم وجوب الوفاء بالعقود(١) (واورد عليه) جمع منهم المحقق النائيني ره بان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع اي كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده وعقد الفضولي لا يكون عقد المالك بمجرد رضاه لان كونه عقداً له يتوقف على مباشرته او نيابة الغير عنه بالاذن او الاجازة بعد صدور العقد من الفضولي (وفيه اولا) ان هذا لوتم لاقتضى البناء على القول الثالث لا الاول (وثانيا) انه لايتم ـ فان المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه انه او جد العقد ـ لانه لا يصدق مع الاجازة بل

١ـ المائدة الاية ٢

مع الاذن الذى حقيقته الترخيص و اظهار الرضا به لتوقف صدقه على كون الفعل صادرا عنه بالمباشرة اوالتسبيب وشيء منهما ليس فى مورد الأذن فضلا عن الاجازة بل المراد منه هو الاستناد بمعنى انه عقده و بيعه كما هو الظاهر من الاية الشريفة فان ظاهر قوله تعالى اوفوا بالعقود - عقودكم لاما عقدتم - وعليه فهذا المعنى من الاستناد كمايتحقق بالاجازة التى حقيقتها اظهار الرضا بماوقع - يتحقق بالرضا به (وبالجملة) المعنى المصدرى لايستند الى المجيز ولاالى الراضى بل ولاالى الاذن والمعنى الاسم المصدرى ينسب اليه بمجرد الرضا (ودعوى) ان الاجازة التزام بالعقد و لذا لا يصح من غير المالك بخلاف الرضا ولذا يصح رضا الاجنبى بالعقد (مردودة) لان الالتزام بالعقد لاتصور له معنى سوى الرضا به .(وبماذكرناه) ظهر صحة الاستدلال باحل الله البيع (١) و لا يرد عليه ما اورده جمع من ان البيع لاسيما المعنى المصدرى منه لا ينتسب الى المالك بمجرد الرضا .

الثانى مما استدل به المصنف ره قوله تعالي (٢) تجارة عن تراض - واورد عليه بما اوردوه على سابقيه والجواب الجواب .

الثالث ما دل على انه (٣) لا يحل مال امرأ مسلم الا بطيب نفسه (و فيه) ما تقدم من انه فى مقام بيان شرط الحلية التكليفية ولا كلام فى انه يشمل الرضا النفسانى (مع) انه انما يدل على اعتبار الرضا لاعلى كفايته والفرق واضح .

الرابع مادل على (٤) ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته اقرار منه . (واورد عليه)جمع من الاساطين بان السكوت عن مثل النكاح له خصوصية و هى

١- البقرة الاية ٢٧٥

٢- النساء الاية ٢٩

٣- راجع الوسائل - باب ٣ من ابواب مكان المصلى - والمستدرك ج ١- ص٢١٢ وفروع الكافى ج ١- ص ٤٢٦ - والاحتجاج ص ٢٦٧

٤- الوسائل باب - ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد والاماء

كاشفيته النوعية عن الرضا (وفيه) ان هذه الخصوصية لاتنكر الاانها لاتوجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعية و الرضا المستكشف من قرينة خاصة (و بالجملة) غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا فلو لم يكن الرضا كافيا لم يكن ذلك مجديا وبذلك يظهر صحة الاستدلال بمادل على كفاية سكوت الباكرة .

الخامس رواية (١) عروة البارقى - و سيأتى الكلام فيها مفصلا - و يمكن الاستدلال له مضافاً الى ذلك كله (بصحيح) (٢) الحميرى الاتى - الضيعة لايجوز ابتياعها الا عن مالكها او بامره او رضا منه (فتحصل) ان الاظهر هو ما ذهب اليه المصنف ره (وبما ذكرناه) ظهر مدرك القول الاول و الجواب عنه (ودعوى) ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود و الايقاعات (مندفعة) بان ذلك انما هو فى المؤثر وهو العقد دون الشروط ولاريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت . (كما انه) ظهر مدرك القول الاخير - فانه استدل لعدم الا كتفاء به فى معاملة غير المالك بما تقدم و لكفايته فى معاملة المالك بان اعتبار اجازة ذى الحق ليس لاجل تحقق الاستناد بل لاعتبار رضاه وقد عرفت الجواب عنه .

قوله قده لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الاجازة الخ ليس الكلام فيما يسمى بهذا الاسم بل فى احتياج العقد المقرون برضا المالك الى الاجازة وعدمه فلا يزيد هذا الجواب على سابقه .

(قوله قده مع انه يمكن الاكتفاء فى الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع الخ ان اكتفينا فى الاجازة بالرضا اكتفينا فى الاذن به بطريق اولى والا فلا .

بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق المنع

(قوله قده الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا

١- المستدرك باب ١٨ من ابواب عقد البيع وشروطه

٢- الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٨

هو المتيقن الخ) الاقوال في المسألة ثلاثة - الاول - الصحة على القاعدة - الثاني - الصحة بواسطة النص - الثالث - البطلان - ذهب الى كل جمع .

وقد استدل المصنف ره للاول بان مقتضى العمومات مثل اوفوا بالعقود - و احل الله البيع - وغيرهما ترتب الاثر على كل عقد - وقد قيد ذلك بما دل على اشتراط ترتب الاثر بالرضا وتوقفه عليه - والمتيقن من ذلك الجامع بين الرضا السابق واللاحق . فالعقد الملحوق بالرضا يشك في ترتب الاثر عليه فيرجع الى العمومات المقتضية لذلك . و فيه (اولا) انه بناءاً على ما اسسه في الاصول - من انه اذا فرض خروج بعض الافراد في بعض الازمنة عن العموم ولم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازماني بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد لايصح التمسك بالعموم بل لابد من الرجوع الى الاستصحاب - لاوجه لتمسكه بالعمومات في المقام اذ خرج عنها العقد قبل لحوق الاجازة لانه لم يقل احد بوجوب الوفاء عليه بان يجيزه - فبعد الاجازة يشك في انه يجب الوفاء به ويترتب عليه الاثرام لافحيث انه ليس لها عموم ازماني فلامورد للتمسك بها بل يتعين الرجوع الى الاستصحاب المقتضي لعدم ترتب الاثر (وثانيا) ان المستفاد من الادلة بحسب المتفاهم العرفي كما تقدم لزوم انتساب العقد والمعاملة الى المالك وليس مفادها لزوم الوفاء بكل عقد - وبالجملة - ان المستفاد منها وجوب وفاء كل شخص بعقد نفسه فليس الموضوع كل عقد كي يصح التمسك بالعموم مع عدم الانتساب وقد اعترف قده بذلك في مبحث الاجازة - قال - ان وجوب الوفاء بالعقد تكليف الى العاقدين - ومن المعلوم ان المالك لا يصير عاقدا او بمنزلته الا بعد الاجازة - فلابد من تنقيح ذلك وانه هل ينسب العقد والمعاملة الى المالك بمجرد الاجازة ام لا و قد تقدم تقريب اضافته اليه بالاجازة في الحاشية السابقة (وحاصله) ان المعتبر انما هو استناد المسببات لا الاسباب و هي تستند اليه بالاجازة وعلى هذا البيان لايرد ما اوردناه اولا على الشيخ الاعظم فان العقد قبل الاجازة لايكون مشمولا للعمومات لانه مشمول لها

وخارج عنها للمخرج فتدبر .

واورد السيد الفقيه ره على هذا الوجه ـ بان الاجازة لاتغير ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة ـ الاترى انه لو امر بضرب احد فضرب يصدق انه ضربه ـ و لكن لوضربه احدواطلع هو عليه بعد ذلك فرضي به لا يصدق انه ضربه (وفيه) ان ما ذكره ره يتم في الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب و الاسباب في باب العقود و الايقاعات و لذا ذكرنا انها لا تستند اليه بالاجازة و لا يتم في الموجودات الاعتبارية و هي المسببات في المقام فانها تستند اليه بالاجازة فتشملها العمومات (فتحصل) ان مقتضى العمومات صحة الفضولي ويمكن ان يستدل لها بالسيرة العقلائية بضميمة عدم ردع الشارع الاقدس عنها (واما) ما افاده المحقق الايرواني ره في وجه الصحة بان الاجازة بنفسها انشاء من قبل المجيز فمع انشاء الاصيل هو عقد تشمله العمومات (فيرد عليه) انه على هذا عقد فاقد للتوالي بين الايجاب والقبول ومقدم قبوله على ايجابه فيما اذا كان الاصيل مشتريا فالحق ما ذكرناه (ثم انه) قد استدل على صحة الفضولي بالادلة الخاصة .

احدها (١) ما تضمن قضية عروة البارقي ـ حيث انه دفع اليه النبي صلى الله عليه وآله دينارا ليشتري به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احدهما في الطريق بدينار فاتى النبي صلى الله عليه وآله بالشاة والدينار فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله بارك الله لك في صفقة يمينك ـ فان شرائه و بيعه وقعا فضوليين ـ وقد افاد المصنف ره انه يمكن توجيه شرائه بنحو يخرج عن الفضولية ولم يذكر التوجيه ـ وافيد فيه امور (منها) ما افاده المحقق النائيني ره و هو انه مسبوق بالاذن الفحوى حيث ان اذنه بشراء شاة بدينار يقتضي اذنه و رضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق اولى (وفيه) انه ان كان النبي صلى الله عليه وآله اعد دينار الصرفه في شراء الشاة كان هذا متينا و لكنه صلى الله عليه وآله انما اراد شاة واحدة للاضحية ـ ومعه لاسبيل الى دعوى الاذن الفحوى كما لايخفى (ومنها) ما افاده السيد الفقيه ـ وهو ان

---

١ ـ المستدرك باب ١٨ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد (وفيه) مضافا الى انه خلاف الظاهر في نفسه يأباه بيع عروة احدى الشاتين -ومنها غير ذلك مما هو واضح الدفع- ولكن يرد على الاستدلال به امران (الاول) انه ضعيف السند لانه مروى من طرق العامة و عروة لم يوثق مضافا الى نقل الشيخ ره والعلامة اياه من عرفة - والقدماء من الاصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لاسبيل الى دعوى عملهم به كي ينجبر به ضعف السند (الثاني) انه يحتمل ان عروة من حيث كونه معد الخدمة النبى صلى الله عليه وآله كان وكيلا مفوضا في امر البيع والشراء فلم يكن بيعه ولا شرائه فضوليا وحيث انه قضية في واقعة ولا اطلاق له فالاحتمال يسقطه عن الاستدلال.

وقد اورد على الاستدلال به المصنف ره بايرادين (احدهما) انه حيث كان عروة قبض الثمن واقبض الشاة - ولا سبيل الى دعوى انه فعل حراما لمنافاته لتقرير النبى صلى الله عليه وآله - ولا الى جواز التصرف في المبيع ببيع الفضولي قبل الاجازة بناءاً على كونها كاشفة لاناقلة لما سيجيء من ضعفه - ولا الى دعوى علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله باقباض ماله للمشترى حتى يستأذن - و علم المشترى بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البايع على وجه الامانة - فيتعين البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي (وفيه اولا) لاوجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث اذلاسبيل له سوى دعوى كون المشترى جاهلا وهو غير ثابت مع انه لو كان جاهلا يمكن ان يكون دفع الثمن على وجه الاستيمان بان يدفعه على وجه الرضا المطلق اى على جميع التقادير على انه ان كان مالكا فبما انه مالك والا فبما انه امين - نعم - المصنف ره لايحتاج الى اثبات فساده بل مجرد الاحتمال الرابع يسقطه عن الاستدلال (وثانيا) ان المعاملة المقرونة برضا المالك الفعلي خارجة عن الفضولية لا المقرونة بالرضا التقديري و المقام من قبيل الثاني (ثانيهما) ان الظاهر وقوع المعاملة في مورد الرواية بنحو المعاطاة بين رسول الله صلى الله عليه وآله ومشترى الشاة ويكون عروة آلة محضة في ايصال العوضين و يكفي في صحة المعاطاة وصول العوضين الى المالكين مع رضاهما وان كان الموصل غير

ذى شعور (وفيه اولا) ان ظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم بارك الله فى صفقة يمينك التبريك فى المعاملة الصادرة منه لاعلى كونه آلة فى ايصال الثمن والمثمن (وثانيا) ان الكافى على فرض القول به القصد الى انشاء البيع بايصال العوض باى وجه اتفق ـ وماهو موجود فى المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير فتدبر ـ فالصحيح ماذكرناه.

ثانيها صحيح (١) محمد بن قيس عن سيدنا الباقر (ع) قضى امير المؤمنين (ع) فى وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الاخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال (ع) الحكم ان ياخذ وليدته وابنها فناشده الذى اشتراها فقال لهخذا بنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذلك البيع فلما راه ابوه قال له ارسل ابنى قال لاوالله لاارسل ابنك حتى ترسل ابنى فلما راى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه ـ وعن الدروس ان فيه دلالة على صحة الفضولى اقول الكلام فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى فقه الحديث (الثانية) فى دلالته على صحة الفضولى.

اما الاولى فقد يقال انه مشتمل على احكام لايمكن الالتزام بها ولاجل ذلك يرد علمه الى هله (منها) حكمه (ع) باخذ الوليدة وابنها قبل ان يسمع من المشترى دعواه و لعله كان يدعى اذن السيد او رضاه فكان يتعين تكليفه باقامة البينة و مع عدمها ان يكلف السيد بالحلف اورد الحلف كماهو الشأن فى ساير موارد المخاصمات (وفيه) انه حيث كان نقل ابى جعفر (ع) هذه القضية لبيان ان البيع قابل للاجازة ـ لم يكن وظيفته (ع) بيان جميع الخصوصيات فلعله لم يكن المشترى مدعيا للاذن او الوكالة او الرضا او انه انما حكم (ع) بذلك بعد تكليفه باقامة البينة (و منها) حكمه (ع) باخذ الولد مع انه حر اذ الظاهر ان الوطء كان بالشبهة (وفيه) انه يمكن ان يكون الاخذ لاجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء امته ـ وان ابيت عن استحقاق القيمة الاعلى تقدير عدم الاجازة فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الاجازة (ومنها)

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

حكمه (ع) باخذ ابن السيد مع ان غاية الامر كونه غاصبا (وفيه) انه لاجل صيرورته سببا لتلك الخسارة وغاصبا للثمن لامانع من ذلك للتوصل به الى حقه (ومنها) تعليمه - (ع) اياه الحيلة - مع ان وظيفة الحاكم ليست ذلك (وفيه) اولا انه لم يثبت كون ذلك قضاوة بل لعله كان جوابا عن المسألة وبيانا للحكم الشرعي - وثانيا لم يدل دليل على عدم جواز تعليم الحيلة (ومنها) حكمه (ع) باخذ الوليدة وابنها من دون تقييد بعدم الاجازة (و فيه) انه بيان للحكم في فرض عدم الاجازة (و منها) انه يدل على نفوذ الاجازة بعد الرد - والاجماع قام على عدم نفوذها - و سيأتي الجواب عن ذلك .

واما الثانية - فقد اورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولي بانه ظاهر في تأثير الاجازة المسبوقة بالرد - و هو خلاف الاجماع - و الكلام في ذلك يقع في موردين الاول في ظهوره في ذلك الثاني في انه على فرض الظهور هل يمنع من الاستدلال به على صحة الفضولي ام لا (اما الاول) فقد استند المصنف ره في دعواه تلك - الى امور (احدها) اطلاق حكمه (ع) بتعين اخذ الجارية وابنها من المالك اذ لو لم يكن رادا للبيع وجب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد (و فيه) انه مع عدم الاجازة يكون الحكم ذلك ايضا فلعله كان مرددا في الرد والاجازة فحكم (ع) باخذهما مالم يجز (ثانيها) ظهور المخاصمة في ذلك (وفيه) انها ظاهرة في كراهة البيع لافي الرد الذي هو حل للعقد ورفع له ومجرد اظهار الكراهة الباطنية ليس ردا بل يمكن منع ظهورها في ذلك ايضا اذ لعلها كانت لاجل استحصال ثمن الجارية الذي اخذه ابوه (ثالثها) مناشدة المشتري للامام (ع) والحاحه اليه في علاج فكاك ولده (وفيه) انه حيث لم يجز البيع واسترد ماله ونمائه الى ان ينفك باداء قيمته طلب منه (ع) علاجا ليجيز البيع (رابعها) قوله حتى ترسل ابني الظاهر في انه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة (وفيه) انه ظاهر في عدم الاجازة لافي الرد - اذ للمالك التصرف في ماله قبل الاجازة حتى على الكشف (فتحصل) انه لاظهور للرواية في كون الاجازة بعد الرد - فالاستدلال به على صحة الفضولي لااشكال فيه (واما الثاني) فقد ذهب السيد الفقيه ره

الى ان الرواية تكون دليلا على صحة الاجازة حتى بعد الرد ولا مانع من العمل بها (وفيه) انه خلاف الاجماع لايمكن المصير اليه (وافاد) المصنف ره في وجه صحة الاستدلال به في المقام بان هذا الخبر المتضمن لقوله عليه السلام حتى ينفذ لك البيع - وقوله اجا زبيع ابنه - ظاهر في ان حكم الفضولي ذلك - وعليه فيتصرف في ظهور صدره في الاجازة بعد الرد ويؤول بارادة عدم الجزم بالاجازة والرد او غير ذلك (وفيه) ان الظاهر من قول الامير (ع) البيع ارادة البيع الخاص الذي اوقعه الابن وصريح قول الباقر (ع) ذلك فهو ظاهر في القضية الشخصية وحيث انه على هذا لايعمل بالخبر فيما تضمنه بحسب ظاهره فلابد من تاويله ومعه يصير مجملا فلايمكن الاستدلال به (ودعوى) انه بالدلالة المطابقية يدل على صحة الفضولي في المورد - وبالدلالة الالتزامية يدل على قابلية كل فضولي للنفوذ بالاجازة والاجماع المشار اليه يوجب سقوط الاولى لا الثانية (مندفعة) بتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقية وجودا وحجية فتدبر فالحق ماذكرناه.

ثالثها النصوص (١) الواردة في النكاح الدالة على نفوذه بالاجازة وتقريب الاستدلال بها من وجوه (الاول) بعموم التعليل الوارد في صحة نكاح العبد باجازة المولى حيث علله عليه السلام بان نكاحه مشروع ذاتا وليس معصية لله تعالى بل انما يكون عدم نفوذه من باب كونه عصيانا للسيد فاذا اجاز جاز - فانه يدل على ان كل معاملة لاتكون غير مشروعة بذاتها كبيع الخمر والخنزير - بل انما لاتكون نافذة لرعاية حق الغير تصح باجازة من اعتبر رضاه فان كونها معصية لذلك الغير قابلة للزوال بسبب تبدل كراهته بالرضا. (الثاني) ماافاده صاحب الجواهر ره وهو ان ماورد في نكاح الفضولي الدال على صحته بالاجازة باطلاقه يشمل ما اذا تضمن الصداق بيعا كما اذا باع شخص مال زيد من عمرو فضولا بمائة دينار وتزوج له هندا بتلك الدنانير فاطلاق تلك الاخبار يقتضي صحة هذا النكاح - ولازمه صحة البيع ايضا ويتم في غير هذه الصورة بالاجماع

١- الوسائل- باب ٢٤ - و٢٥ - و٢٦ - و٢٧-و٧٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء وباب ٦ - و٧ - و١٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

المركب (وفيه اولا) ان الاخبـار مسوقـة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصة ولا نظر لها الـى الجهات الاخر فلاوجه للتمسك باطلاقها (وثانيا) ان النكاح لعدم توقفه على المهر لان بطلان المهر لايستلزم بطلان النكاح ـ لايلازم امضائه في الفرض امضاء البيع وانفاذه فتدبر (الثالث) ان جملة من النصوص تدل على ان النكاح يصح بالاجازة ـ فـاذاصح تمليك البضع بالاجازة صح تمليك مـاله بها بالاولوية اما لان الاول لاعوض له بخلاف الثانـي ـ اولان النكاح مبني على الاحتياط و احرى بشدة الاهتمام لانه يكون منه الولد والكلام فيه يقع في جهات ـ الاولى ـ في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح ـ الثانية ـ في التعدى عنه الى سايرالعقود بحسب القواعد ـ الثالثة ـ في ان الروايـة التي اشار اليها المصنف هل تمنع عن هذه الاولوية ام لا .

اما الاولى فعن الشيخ في المبسوط والخلاف انكاره فيه من الاصل وعن فخر المحققين ايضا ذلك وعن ابـي حمزة اختصاصه بتسعة مـواضع لوجود النص فيها دون غيرها ـ واستشكل السيد الفقيه فـي التعدى عن تلك الموارد المخصوصة والمشهور بين الاصحاب التعدى بل نقل الاجماع عليه غير واحد (اقول) صحة نكاح الفضولي في الجملة مما لاينبغي التوقف فيه لورود جملة من الاخبار (١) في نكاح الاب لابنه والاخ لاخيه والعم لابن اخيه و الام لابنه ونكاح الوصي ـ وغير ذلك من الموارد وفيها الصحاح والموثقات . واما التعدي عن تلك الموارد الى مطلق النكاح فالظاهر ذلك ـ لان غاية ماذكر في وجه عدم التعدى ان موارد النصوص الواردة في المقام مابين مايكون العاقد عاقدا لنفسه الا انه منوط برضا الغير ـ وما بين مايكون العاقد وليا شرعيا اوعرفيا فالتعدي عنها الى مااذاكان العاقد عاقداً لغيره ولم يكن وليا يحتاج الى دليل ـ ولكنه فاسد ـ و ذلك لـوجهين (احدهما) ان مـن جملة تلك النصوص ماورد في (٢) نكاح الاخ والعم وهما ليسا عاقدين لانفسهما ولا ولاية لهما عرفا ايضا

١ ـ ٢ ـ راجع الوسائل ـ باب ١٣ ـ و ٨-٦-و٧- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد

(ثانيهما) ان من جملتها ماورد (١) في عبد مملوك بين رجلين زوجه احدهما والاخر لا يعلم وعلم به بعد ذلك ـ قال عليه السلام للذى لم يعلم ولم يأذن ان يفرق بينهما وان شاء تركه على نكاحه ونحوه ماورد (٢) في جارية مملوكة بين رجلين ـ فانهمايدلان على توقف نكاح احد الشريكين على اجازة الاخر من حيث انه تصرف ورد على ماله ومعلوم انه ليس عاقدا لنفسه ولا ولاية له عرفا ولاشرعا ـ فاذاً ثبوت ذلك في مطلق نكاح الفضولي مما لاينبغي التوقف فيه .

و اما الجهة الثانية فالحق عدم صحة التعدى الى ساير العقود ـ لعدم تمامية الوجهين المتقدمين (اما الاول) فلان في النكاح لايملك البضع بل هناك تسلط محض (مع) انه لايجرى في الهبة والصلح في موردها مضافا الى ان هذه الاولوية ظنية لخفاء المصالح المقتضية لجعل الاحكام (و اما الثانى) فلان الشارع الأقدس وان اهتم بالنكاح و هو احرى بالاحتياط الا ان ذلك في مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سببا له وفي موارد الشبهات الحكمية والموضوعية ولاربط لذلك بجعل الشارع فتوسعة الشارع في اسباب النكاح لاتستلزم توسعته في اسباب البيع بل الشارع الأقدس اعتبر في ساير العقود مالم يعتبر في هذا العقد كالتقابض في الصرف والسلم ـ ووسع في اسباب النكاح بتشريع عقد المتمتع وملك اليمين وجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز الاقتصار على السكوت في مقام الاذن والرضا (وبالجملة) اهمية النكاح ربما تستدعى التوسعة في اسبابه لئلايقع الناس في الزناء (فتحصل) ان الاظهر عدم التعدى الى ساير العقود .

واما الجهة الثالثة فقد افاد المصنف ره انها ربما توهن بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول الخ النص المشار اليه هو صحيح (٣)

١ـ الوسائل ـ باب ٢٥ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء

٢ـ الوسائل باب ٧٠ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء

٣ـ الوسائل ـ باب ٢ـ من ابواب كتاب الوكالة حديث ٢ـ وباب ١٥٧ـ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ٣

العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام وفيه ماجور هذا الحكم وافسده ان النكاح احرى واحرى ان يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد و ذكر المصنف ره ان حاصله ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع اولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق اولى خلافا للعامة وعليه فلايجوز التعدى عما دل على صحة النكاح الفضولى الى صحة البيع (اقول) بعد التنبيه على امرين ـ الاول ـ ان الحكم الواقعى عدم الفرق بين النكاح وغيره فى مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر الى الوكيل ـ الثانى ـ ان العامة لم يكونوا معللين الفرق بين النكاح والبيع بالاحتياط بل انما عللوه بوجه استحسانى ـ حيث انه عليه السلام لما سأل الراوى عما يقول العامة ـ قال ـ ويقولون المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد (ان) الامام عليه السلام لمالم يتمكن من بيان الحكم من دون وجه ـ ولا من بيان بطلان ماركنوا اليه راعى جانب الاحتياط واجاب بان النكاح بمانه مهم فى نظر الشارع واحرى بان يحتاط فيه من غيره من العقود فيتعين فيه الاستناد الى حجة شرعية ولا يعتمد الى القياس والاستحسان وماشابههما من الوجوه العليلة ـ وقد عقبه عليه السلام بقضاء امير المؤمنين عليه السلام الذى يكون متبعا عندهم لقوله صلى الله عليه وآله اقضاكم على عليه السلام (وعليه) فهو لايدل على ماذكره المصنف ره وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ماافاده السيد الفقيه ره فى المقام فى الرد على المصنف ره و حاصله انه عليه السلام بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمة الحكم الاحتياط و انه ليس كذلك و الا كان النكاح اولى بان يحتاط فيه وان الاحتياط لو كان مقتضيا للصحة فى البيع ففى النكاح بالاولوية ـ فانه يرد عليه ماعرفت من ان العامة لم يجعلوا حكمة الحكم الاحتياط .

(قوله قده ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولى بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصة مثل موثقة جميل (١) الخ) حاصل ما افاده فى اخبار المضاربة انه ان قلنا بعدم لزوم الاجازة فى صحة المعاملة المزبورة كانت هى مما يستأنس

١ ـ الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٩

به للحكم فى المقام لاشتراكهما فى عدم لزوم الاذن السابق ـ و ان قلنا بلزومها فى صحتها كانت دليلا على جريان الفضولى فى العقد السابق وصحته فى المورد الخاص وان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لاتخلو عن تاييد للمطلب (اقول) فى كلا شقى كلامه نظر ـ امـا الاول ـ فلانه اذا دل الدليل على عـدم اعتبار الرضا فى مورد خاص كيف يستأنس منه لحكم ما يعتبر فيه ذلك قطعا وانما الكلام فـى اعتبار سبقه ـ واما الثانى ـ فلانه ان بنينا على صحة ماصدر بالاجازة كان اللازم كون تمام الربح للمالك اذ تقسيم الربح انما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها ـ والبايع امـا ان يستحق اجـرة لان عمل المسلم محترم اولا يستحق لانـه عمل من دون امر (والحق) ان يقال ان نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لاالتقييداى اشتراط المالك على العامل ان لايشترى الا الجنس الفلانى وعليه فاذا تخلف الشرط واشترى غير الذى امر به فـان خسر فيه كان عليه الضمان لمخالفته للمالك ولانـه لا محالة يـرد العقد وان ربح فيه فـلا محالـة لايفسخ المالك المضاربة فيكون الربح بينهما و بهذا يظهر ان النصوص مـوافقة للقاعدة و اجنبية عـن المقام و ان ابيت عن كون ذلك مما يقتضيه القاعدة فلا مانـع من الالتزام به للنصوص الخاصة الواردة فى المقام.

قوله قده ومن هذا القبيل الاخبار (١) الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم وان الربح لليتيم الخ) اقول ماافاده فى وجه ادخال المسألة فى الفضولى امران (الاول) انهاتحمل على صورة اجازة الولى (الثانى) ان الحكم بالمضى اجازة الهية لاحقة للمعاملة ـ ويرد على الاول ـ انه ليس فى النصوص مايستفاد منه ارادة معاملة غير الولى بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولى (مع) انه ليس فيها مايشهد باجازة الولى ـ ويرد على الثانى ـ ان التاجر ان كان مأذونا مـن قبل الله تعالى لاتكـون معاملته فضولية و الحق اختصاصها بصورة معاملة الـولى و تكون اجنبية عـن

١ ـ الوسائل ـ باب ٧٥ ـ من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة

مسألة الفضولي .

(قوله قده وربما يؤيد المطلب ايضا برواية ابن (١) اشيم - بناءً على انه لولا كناية الاشتراء بعين المال الخ) اقول ان ما يتوهم ان يكون مؤيداً للمطلب حكمه (ع) بكون العبد لورثة الميت اذا اقاموا البينة - واما بالنسبة الى مولي العبد فالظاهر انه كان ماذونا من قبله واما بالنسبة الى مولى الاب فالمعاملة باطلة بلا كلام - والظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة و آذنين اياه فيها -- و عليه فيخرج عن محل الكلام .

(قوله قده ومما يؤيد المطلب ايضا صحيحة الحلبي (٢) - فان الحكم برد ما زاد لاينطبق بظاهره الخ) بل لاينطبق على صحة بيع الفضولي - اذ الحكم بفساد الاقالة في الفرض المستلزم لكون المعاملة الثانية فضولية لازمه الاستجازة من المشتري الاول لا الحكم برد ما زاد وعدم الفرق بين البيع بالازيد وبالمساوي وبالانقص - ولايبعد دعوى ان الرواية ظاهرة في كراهة الاقالة بالوضيعة كما ذهب اليها ابن الجنيد و استحباب رد ما زاد فتكون اجنبية عن المقام .

(قوله قده ويمكن التاييد له بموثقة (٣) عبدالله الخ) الظاهر من الرواية هو الاحتمال الثاني وهو اشتراط الخيار على المأذون .

(قوله قده فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه الخ) الظاهر ان الاشتباه لم يكن في مراد صاحب الورق وهو كان معلوما لدى السائل وانما كان يسأل عن حكمه.

قوله قده وربما يؤيد المطلب بالاخبار (٤) الدالة على فساد نكاح

---

١ - الوسائل باب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان من كتاب التجارة حديث١

٢ - الوسائل باب١٧ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ١

٣- الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام العقود حديث٢ و الراوي عبدالرحمن بن ابي عبدالله لاعبدالله .

٤ - الوسائل - باب٢٤- من ابواب نكاح العبيد والاماء

العبد الخ قدمر انها تدل على المطلب فراجع .

ادلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها

قوله قده اما الكتاب فقوله تعالى ولا تأكلوا (٢) اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض دل بمفهوم الحصر اوسياق التحديد الخ

وقد اجاب عن الاستدلال به باجوبة (الاول) انه لامفهوم له وقد اشبعنا الكلام في ذلك في اول مبحث الاكراه والمعاطاة ـ وعرفت انه لايدل على الحصر (الثاني) ان التجارة التي هي اسم للمسبب لا السبب انما تكون تجارة للمالك بعد الاجازة فتكون عن تراض ـ و قد مرفي اول مبحث الفضولي تمامية ذلك ايضا (الثالث) انه يحتمل ان يكون عن تراض خبرا بعد خبر لتكون على قرائة نصب التجارة لاقيدالها (وحاصله) انه يحتمل ان يكون اسم كان مقدرا و هوسبب الاكل و يكون له خبران ـ الاول تجارة ـ الثاني عن تراض ـ ولكن لا بنحو الاستقلال بل بنحو الاشتراك كمافي قولنا ـ الرمان حلو حامض فيكون مفاده سببية التجارة والتراضي ـ وهي متحققه في بيع الفضولي (وفيه) انه لايحتمل ذلك مع التعبير بحرف المجاوزة ـ اذ السبب لوكان هو المجموع لما كان منبعثا عن التراضي وان كان خصوص التجارة لزم قيدية التجارة بصدورها عن التراضي ـ وان كان غيرهما لزم عدم كون السبب هو التجارة والتراضي وهو خلف (مع) انه على فرض قرائة التجارة بالرفع يتعين التقييد ـ اذ احتمال كونه خبرا والاسم هو التجارة ـ يدفعه ان لازمه تعريف التجارة ـ فالصحيح هو الاولان .

قوله قده فهو مع تسليمه مخصوص الخ لا يخفى انه لوسلم سياق التحديد لم يكن مناص من تسليم الدلالة على المفهوم ـ ولم يكن مورد لحمل القيد على الغالب اذ تلك القيود لايؤتى بها في مقام التحديد .

قوله قده واما السنة فهي اخبار منها النبوى المستفيض وهوقوله (ص)

---

١ ـ النساء ـ الاية ٢٩

لحكيم بن حزام (١) لاتبع ماليس عندك الخ لا يخفى ان اقضية النبوى صلى الله عليه وآله المذكورة فى كتب العامة مجتمعة عن عبادة بعينها مروية عن طرقنا برواية عقبة متفرقة على حسب تفرق الابواب وعليه فهذا النبوى مروى عن طرقنا و عن طرق العامة فلا سبيل الى الخدشة فى سندها ـ هذا بحسب السند . مع ان هذا المضمون موجود فى جملة من الاخبار ـ كخبر (٢) سليمان بن صالح عن الصادق (ع) عن النبى (ص) وخبر (٣) الحسين بن زيد عنه (ع) عن آبائه فى مناهى النبى (واما من حيث الدلالة) فما قيل اويمكن ان يقال فى الجواب عن الاستدلال به وما يساوقه من النبوي (٤) الآخر لابيع الافيما يملك ـ والتوقيع (٥) لايجوز بيع ما ليس يملك للبطلان امور (الاول) انها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ماليس عنده لاحظ صحيحى (٦) عبد الرحمان ابن الحجاج عن الصادق (ع) ففى الاول منهما ـ عن الرجل يشترى الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى منه حالا قال (ع) ليس به باس قلت انهم يفسدون عندنا ـ قال (ع) واى شىء يقولون فى السلم قلت لايرون به بأسا يقولون هذا الى اجل فاذا كان الى غير اجل وليس عند صاحبه فلا يصلح فقال (ع) فاذا لم يكن الى اجل كان اجود ـ ثم قال لا بأس بان يشترى الطعام وليس هو عند صاحبه حالا والى اجل الحديث وقريب منه الآخر ـ تحمل هذا على التقية ـ لتكذيبه (ع) فيهما للعامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده (وفيه) ان الجمع بينهما يقتضى تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية من جهة اختصاص تلك النصوص ببيع الكلى ـ اوحملها على بيع كل ماخرج عن السلطنة وان كان المبيع كليا كما لو باع الكلى فى ذمة الغير ـ ولعل الثانى اظهر ـ وتكذيبه (ع) للعامة يمكن ان يكون فى تطبيق بيع ماليس عنده على بيع الكلى فى ذمة نفسه لافى اصل

---

١ ـ راجع سنن الترمذى ـ ج ٣ ـ ص ٥٣٤ ـ باب ماجاء فى كراهية بيع ماليس عندك

٢ ـ ٣ ـ ٦ الوسائل ـ باب ٧ ـ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ٢ ـ ٥ ـ ١ ـ ٣

٤ ـ المستدرك باب ١ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٣

٥ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه

لحديث (الثانى) ماافاده المصنف ره بقوله ـ وثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بماتقدم من الادلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عندالعاقد لمالكه اذا اجاز (وفيه) انه بناءأ على ماستظهره المصنف ره من ان المراد من البيع البيع لنفسه لاعن مالك العين ـ تكون النسبة عموما من وجه لاخصية النبوى من هذه الجهة فلاوجه لتقدم تلك (الثالث) ان الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ماليس حاضراعنده سواءأكان مملوكاله املا ـ قدرعلى تسليمه املا ـ كليا ام شخصيا ـ وحيث انه لايمكن الالتزام به تعين حمله ـ اماعلى النهى عن بيع ماليس مملوكاًله ـ اوعلى النهى عن بيع مالايقدرعلى تسليمه ـ وان لم يكن الثانى اقرب لاكلام فى عدم اقربية الاول واماالنبوى الآخروالتوقيع فيحتمل ان يكون يملك فيهما مبنيا للمفعول فلاربط لهمابما نحن فيه (الرابع) ان المنفى البيع لغيرالمالك ـ فتختص هذه النصوص بالمسألة الاتية و هى مالوباع الغاصب لنفسه ـ ولاربط لهابهذه المسألة ـ وهى البيع للمالك (الخامس) ان النهى فى هذه النصوص لم يتعلق بانشاء البيع اذ البيع اسم للمنشأ والمسبب لاالانشاء كما تقدم مع انه لايعتبر صدور الانشاء من المالك قطعا ـ بل المتعلق هوحقيقة البيع ـ و هى بالاجازة تنتسب الى المالك فيكون بيع ماعنده ـ وبعبارة اخرى ـ ان الروايات على فرض دلالتها على عدم صحة بيع الفضولى تدل على عدم وقوع البيع للفضولى ولانظر لهاالى وقوعه للمالك اذااجاز ـ اذاالمنفى فيها وقوع البيع لنفسه فينتفى هذا وهولا يلازم عدم وقوع البيع ولو للمالك اذسلب الاخص لايستلزم سلب الاعم ـ فاذا كان وقوع البيع للمالك مع اجازته مسكوتا عنه فى هذه الاخبار فيرجع فيه الى الادلة المتقدمة الدالة على الوقوع فتدبر

قوله قده واماالروايتان الخ الظاهر ان مراده بهماروايتا(١) يحيى وخالداللتان اشاراليهما فى ضمن جوابه الاول عن النبوى كمالايخفى .

---

١ ـ الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود .

(**قوله قده واما الحصر في صحيحة(١) محمد بن مسلم والتوقيع (٢) فانما هو في مقابلة عدم رضا الخ**) توضيح ماافاده انه لايستفاد من الخبرين الا النهي عن الشراء الفاقد للرضا رأسا وهذا لايدل على فساد عقد الفضولي غير الفاقد له بلحاظ الاجازة ولايدل على صحته ايضا فالنهي فيها لايدل الاعلى بطلان العقد الفاقد للرضا بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود ونحن نقول به - واما في البيع الملحوق بالرضا فيرجع الى العمومات الدالة على الصحة - وبهذا البيان يظهران ماافاده في التوضيح ليس جوابا آخر كما افاده السيد الفقيه (ثم ان) المحقق النائيني ره قال ان دلالة خبر(٣) الحميري على صحة الفضولي اظهر - فان مقابلة الرضا بالامر ظاهرة في كفاية الاجازة اللاحقة فان الرضا المقابل للشراء عن المالك اوبامره هو الرضا اللاحق لا المقارن فانه متحقق حين الامر (وفيه) انه يمكن ان يكون المراد من الرضا ماهر ظاهره وهي الصفة النفسانية غير المبرزة التي عرفت كفايتها في الخروج عن الفضولية فراجع (فالحق) ان يقال ان مقتضى اطلاق الخبرين النهي عن الاشتراء الا بالرضا تقدم اوتأخر فيدلان على صحة الفضولي لكونه داخلا في المستثنى (مع) ان المراد بالاشتراء حقيقته وهو انما يكون اشتراء للمالك بعد الاجازة فيشمله الخبران كان المراد بالرضا فيهما المقارن .

(**قوله قده واما توقيع (٤) الصفار فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لايملك الخ**) وفيه ان الجواز عبارة عن الصحة - و عدمه عبارة عن الفساد - فالحق في الجواب مضافا الى ماتقدم ان عدم الجواز لم يضف الى العقد من حيث هو بل اليه من حيث انه ممن لايملك فاذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصداقا لما حكم عليه بالفساد .

(**قوله قده الرابع مادل من العقل والنقل (٥) على عدم جواز التصرف في**

١-٢-٣- الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٣-٨

٤- الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

٥ - الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلي

مال الغير الاباذنه الخ) وقداجاب المصنف ره عن هذا الوجه بوجوه .

الأول ان العقد على مال الغير متوقعا لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصر فافيه - واورد عليه - بايرادين (احدهما) ماافاده المحقق الايرواني ره وهو انه وان فرض كون العقد علة تامة لحصول الآثار عرفا لم يكن مجرد العقد تصرفا فى العين وقبيحا فلاوجه للتقييد فى كلامه - ومرجعه الى عدم كون التصرف الاعتبارى غير المماس بالعين تصرفا عرفا فى العين بل هو تصرف فى لسان العاقد (وفيه) انه لو فرضنا كون الانشاء مخرجا للمال عن ملك صاحبه قهرا عليه لكان ذلك تصرفا فيه وقبيحا لكونه ظلما بل من اقبح افراده نعم مجرد العقد غير المؤثر فى حصول النقل والانتقال عرفا وشرعا لايعد تصرفا فيه لاخارجا ولااعتبارا (ثانيهما) ماافاده السيد الفقيه فى تعليقته وهو ان الفضولى انما يقصد النقل والانتقال جدا مطلقا لاهزلا معلقا على الاجازة ويصدق التصرف عليه عرفا (وفيه) ان العقد غير المؤثر عرفا وشرعا وان قصد به الجد لايعد تصرفا لاخارجا ولااعتبارا - اما الاول فواضح - واما الثانى فلفرض عدم التأثير - ومجرد تاثيره فى اعتباره لايكفى فى صدق التصرف عرفا اوشرعا - فماافاده المصنف ره تام .

الثانى انه لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضائة والاصطلاء بنور الغير وناره (وفيه) ان الجواز فى المثالين انمايكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما - او السيرة على الجواز والافمع صدق التصرف لاسبيل الى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف .

الثالث انه قد يفرض الكلام فيما لو علم الاذن فى هذا من المقال او الحال (وفيه) اولا ما تقدم من خروجه بذلك عن الفضولية وثانيا ان المستدل يمكن ان يكون ملتزما بالصحة فى خصوص هذا المورد والفساد فى ساير الموارد .

الرابع ان تحريمه لايدل على الفساد - اقول هذا الجواب ايضا متين وقدمر فى اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح تحقيق القول فى ذلك .

الخامس انه لودل على الفساد لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه وعدم

استقلاله في ذلك والقائل بالصحة لاينكر ذلك (وفيه) ان البناء على الفساد كان من جهة كون السبب تصرفا ومبغوضا للشارع فلاسببية له - ام كان من جهة كون المسبب منهيا عنه ومبغوضا - ينافي مع هذا الجواب اذلو الغى الشارع سببية عقد الفضولي و كان كالعدم كيف يحكم بالصحة مع اجازة المالك كما انه اذا الغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته فلا شيء حتى يجيزه المالك (فتحصل) ان الحق في الجواب هو الاول والثالث .

بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

قوله قده المسألة الثانية ان يسبقه منع المالك والمشهور ايضا صحة الخ

اقول ان صحة بيع الفضولي اما ان تكون على القاعدة - او تكون للاخبار الخاصة .

اما على الاول - فلا تتوقف الصحة الا على العقد واستناده الى المالك الموجودين في المقام - ولايضر النهي السابق وذلك لان ما قيل في وجه مضريته امور (احدها) ان العقد اذا كان منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آناً ما كاف في الرد فلا ينفع الاجازة اللاحقة (وفيه) ان الكراهة النفسانية وان ابرزت ليست ردا فانه عبارة عن حل العقد وفسخه كما ان النهي الذي هو تسبيب الى اعدام الشيء بعدم ايجاده غير الرد (ثانيها) ان الكراهة المتخللة بين اركان العقد كالايجاب و القبول مانعة عن تحقق المعاهدة والمعاقدة وحيث ان منها الاجازة فالكراهة المتخللة بينها وبين العقد مانعة عن تحققها والمفروض في المقام وجودها (وفيه) ان الكراهة المتخللة لاتمنع عن ذلك ولذا بنينا على صحة عقد المكره اذا لحقه الرضا (ثالثها) ان المالك اذا نهى عن ايقاع المعاملة على ماله نهيا عاما شاملا لزمان العقد - كان ذلك في قوة ان يقول لا ارضى ان توقع العقد على مالي ولو اوقعته كان مردودا وباطلا - فيكون ذلك انشاءاً للرد غاية الامر الانشاء متقدم على العقد والمنشأ متاخر عنه - فلا تنفع الاجازة بعد

ذلك (و فيه اولا) ان النهى ليس الا التسبيب الى عدم ايجاد العقد واما انشاء الـرد بعد وجوده فليس ذلك مربوطا بالنهى و(ثانيا) ان ذلك من قبيل ايجاب مالم يجب و سيأتى عدم العبرة به (وثالثا) ان وجه عدم نافعية الاجازة بعد الردهو الاجماع والمتيقن منه مـا اذا كان انشائه بعد العقد (فتحصل) ان الاظهر هـى الصحة على القول بصحة الفضولى على القاعدة .

واما على الثانى ـ فالنصوص التى سلمنا دلالتها على صحة الفضولى انما هى صحيحة (١) محمد بن قيس ـ و نصوص (٢) نكاح العبد المتضمنة للتعليل للصحة ـ بانـه لم يعص الله وانما عصى سيده (اما) صحيح قيس فقد افاد المصنف ره فى وجه شموله للمقام انه بترك الاستفصال يشمله (و فيه) ان ظهور قوله فى مقام المخاصمة وليدتى باعهاابنى بغيراذنـى ـ فى صورة عدم النهى لاينكر والاكان يقول بـاعها مع نهيى فهو لايشمل المقام .(واما)نصوص النكاح ففى المتن ان رواية اجازته صريحة فى عدم قدح معصية السيد(وفيه) انعصيان العبد لايتوقف علـى العمل مع النهى عنه بل بما ان العبد لابد وان يكون اعماله عن اذن مولاه فاذا فعل بلا اذن منه كان خارجا عن رسم العبوديـة ويعدعاصيا بذلك ـ فالمراد من معصية السيد ايجاد العقد بلا اذن منه كما هو صريح الرواية (ودعوى) ان اطلاقها يشمل المقام(مندفعة) بانهاانما وردت لبيان ان عصيان السيد من حيث هو لايمنـع عن صحة العقد بالاجازة واما ان نهيه هل يمنع عن تلك ام لا فالنصوص ساكتة عنه ـ فالاظهر انه على القول بالصحة فى المسألة السابقة بواسطة الاخبار الخاصة لاسبيل الى البناء عليها فى المقام .

قوله قده من بيع مال اليتيم و المغصوب الخ اقول اما فى بيع مال اليتيم فالمنع غير موجود سابقا لو سلم شمول نصوصه لبيع غير الولى ـ واما المغصوب فلم ينقل سابقا دليلا يدل على صحة بيعه .

١ـ الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

٢ـ الوسائل ـ باب ٢٤ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء

قوله قده فمن جهة ظهور الاقدام على الخلف الخ هذا اجتهاد فى مقابل نص الفقهاء فانه قده نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف امارة عدم الرضا .

بيع الفضولى لنفسه

قوله قده المسألة الثالثة ان يبيع الفضولى لنفسه وهذا غالبا يكون فى بيع الغاصب و قد يتفق الخ بل كثيرا مايتفق فى غيره كما فى البيوع المبنية على الامارات والاصول الظاهرية من اليد و اصالة الصحة ونحوهما - و كيف كان ففى المسألة اقوال (احدها) الصحة وهو المشهور (ثانيها) التفصيل بين الغاصب وغيره كما عن ابن ادريس (ثالثها) التفصيل فى الغاصب بين علم المشترى وجهله كما عن العلامة وغيره (اقول) ان بنينا على صحة بيع الفضولى بواسطة الاخبار الخاصة فلا وجه للبناء على الصحة فى المقام - فان عمدة المستند على هذا - صحيح ابن قيس ونصوص نكاح العبد - وشىء منهما لايشمل المقام اما الاول فلانه لو كان الابن بايعا للوليدة لنفسه كان التنبيه عليه اولى لانه ادخل فى الانكار - واما الثانية - فلان موردها وان كان النكاح لنفسه لكن الاجازة فيها لنفسه لالمولاه واما ان بنينا على الصحة بواسطة العمومات فهى تقتضى الصحة فى المقام ايضا بلافرق وقد ذكروا فى وجه الفرق و انه لايمكن الحكم بالصحة فى المقام امورا .

الاول نصوص (١) بيع ماليس عنده بناءاً على ان موردها بيع الفضولى لنفسه وقد مر الجواب عنها .

الثانى انه غالبا يكون منع المالك من البيع موجودا فى المغصوب ويعتبر عدم سبق المنع (وفيه) مضافا الى ماعرفت من عدم اعتباره ان المنع غير موجود فى غير

---

١ - راجع الوسائل - باب ١- من ابواب عقد البيع وشروطه - وباب ٧ من ابواب احكام العقود

المغصوب بل و فيه ايضا الغصب امارة عدم الرضا بالبيع للغاصب لامطلقا.

الثالث إن الفضولي اذا قصد البيع لنفسه فهو غير قاصد لحقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه فقصد هذا المعنى لايلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه ـ فمايقصده هذا الفضولي ليس بيعا . (واجاب) عنه المصنف ره بان البايع في هذا المورد يجعل نفسه مالكا حقيقيا ـ و هذا الجعل وان كان لاحقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر الادعائي حقيقية نظير المجاز الادعائي في الاصول واورد عليه بايرادين (الاول) ما افاده السيد في التعليقة وهو انه لو كان الملاك ذلك لزم البناء على الصحة فيما اذا احرز هذا البناء اذمع عدمه لاوجه له ولم ينقل التفصيل عن احد (وفيه) ان المصنف لايدعي ان المصحح هو التنزيل حال العقد ـ بل يدعى ان الغاصب يجعل نفسه مالكا عدوانا وانما يبنى بالسرقة والغصب على ان الاضافة الملكية منسوبة اليه باعها ام لم يبعها ـ فاذا باع فهو يبيع مايراه ملكا له بعد سرقة الاضافة ـ واما غير الغاصب فبنائه على مالكية نفسه واضح (الثاني) ما افاده المحقق الايرواني ره ـ من انه ان ادعى ان الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعي ثم يدعى انه هو هو لاجل تملك العوض ـ فيكون له قصدان قصد كبروى وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي و قصد صغروى وهو قصدانه المالك الواقعي ـ فيرد عليه ان الوجدان يكذب ان يكون للغاصب قصدان وانما له قصد واحد للمعاملة في حق نفسه كالمالك ـ وان ادعى انه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه و كان مصححه دعواه الملكية فيرد عليه ان ادعاه كونه مالكا لايصحح القصد الى المعاوضة الحقيقية فان المعاوضة المبنية على الادعاء لاتكون حقيقية وكيف يكون حقيقيا ما اساسه الادعاء (اقول) الظاهر ان مراده الثاني ويمكن ان يدفع هذا الايراد بان المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البايع نفسه ملكية المشترى للمعوض بازاء ملكيته للثمن فطرفاها امران اعتباريان و عليه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادعاء وبناء البايع على كونه مالكا .

(وقد اجاب) عن الاشكال ـ السيد الفقيه ره ـ بان حقيقة البيع ليست الا مبادلة مال

بمال من غير نظر الى كونه لنفسه اولغيره وهذا المعنى موجود فى بيع الغاصب وقصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته و لاينافيه ايضا (و فيه) مضافاً الى تصريحه ره فى اول كتاب البيع بان البيع ليس مبادلة بل تمليك وتملك بعوض ـ ان حقيقة المبادلة لاتتم الا بلحاظ شيء آخر ـ وهو فى المقام الملكية ـ وقصد المبادلة فى الملكية التى هى صفة اضافية قائمة بالمال وصاحبه يستدعى قصد انتقال المال عن ملك مالكه ودخول عوضه فى ملك صاحب هذا المال ـ وهذا ينافى مع قصد وقوع البيع لنفسه والحق ماتقدم فى اول هذا الجزء من ان البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المتقدم كى يرد الاشكال المزبور بل حقيقته اعطاء شيء لا مجانا فراجع ما حققناه و عليه فلايرد هذا المحذور

الرابع ان الفضولى اذا قصد البيع لنفسه فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذى قصده البايع كان منافيا لصحة العقد لان معناها صيرورة الثمن لمالك المثمن باجازته ـ وان تعلقت بغير المقصود كانت عقد امستأنفا فيكون النقل من المنشيء غير مجاز والمجاز غير منشيء واجابوا عنه باجوبة .

منها ماعن المحقق القمى ره ومانقل عنه امـر ان (احدهما) ان مرجع الاجازة فى المقام الى تبديل رضا الغاصب بالبيع لنفسه برضا المالك بالبيع لنفسه وظاهره التصرف فى الايجاب فقط ـ واورد عليه بعدم تطابقه ح لقبول المشترى لان قبوله انما تعلق بايجاب البايع لابمضمون الاجازة ـ و لكن للتامل فى ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق فى هذه الموارد مجالا واسعا (ثانيهما) ان مرجع الاجازة فى المقام الى التصرف فى طرفى العقد معا و مفادها ان العقد الذى قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البايع الغاصب و المشترى العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسى فيكون عقدا جديدا (و اورد عليه) المصنف ره بان هذا مخالف للاجماع و العقل ـ و لم يذكر وجه مخالفته للعقل و ذكروا فى وجهه امورا (الاول) ان تبديل قصد وقوعه لنفسه ورضاه به بقصد وقوعه لغيره مستلزم لانقلاب ماوقع عليه عماوقع وهو محال (و فيه) ان المراد ان العقد

الواقع المضاف الى الغاصب ملغاة هذه الخصوصية منه بمعنى انها لاتؤثروبالاجازة يضاف الى المالك ويكون بذلك مؤثرا ـ فلايلزم الانقلاب (الثـانى) ان المالك لاسلطنة له على المشترى فكيف يبدل قبوله (وفيه) انعدم سلطنةالمالك على المشترى شرعى لا عقلى (مع) ان تبديل قبوله ليس من شئون سلطنته عليه بل على ماله ـ فانالمشترى انما ملك ماله للبايع لامجانا بل بـازاء مال المالك فللمالك من حيث سلطنته على ماله ان يجيز بدلية ماله لمال المشتري بـان يسقط خصوصية البايع فى طرفيته لمال المشترى بازاء ماله فتدبـر (الثالث) ان لازم مـا ذكر اتحاد الايجاب والقبول مع انه لايعقل ذلك (و فيه) ان المحقق لايدعى كون الاجازة عقدا وانما ادعى كونهـا بمنزلة العقد الجديـد اى تكون تصرفـا فى الايجاب و القبـول باسقاط الخصوصيتين غير القابلتين للاجازة فالانصاف ان ماافاده المحقق القمى ره غيرمناف للعقل .

و منها ما افاده المصنف ره وهو ان ايجاب البايع الغاصب يتضمن امرين احدهما ـتمليك المشترى المال بعوض ـ الثانى ـ دخول العوض فى ملكه و الثانى خارج عن مضمون الايجاب ـ نعم ـ مقتضى طبع المعاوضة دخوله فـى ملك مالك المبيع ـ وحيث انالمبيع ملك للمجيزواقعا فيدخل العوض فى ملكه كك فى فرض الاجازة و حيث انه مالك ادعاءاً و اعتقادا فيكون بانيا على تملكه العوض ـوعليه ـ فلامانع من تعلق الاجازة بما هو مضمون الايجـاب (ثـم اورد) على نفسه بـانه لايتم فيمالوكان الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير و قال للبايع تملكت منك او ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم اذمفهومه شيء واحد وهو تملك الفضولى للثوب و لايكون ذلك منحلا الى شيئين كى يتعلق الاجازة باحدهما دون الاخر ـ ثم تفصى عن الاشكال بان نسبة الملك الـى الفضولى ليست بما هو هو بـل بماهو مـالك فحيثية المالكية ماخوذة فيه و من المعلوم ان كل محمول مترتب على المتحيث بحيثية فى الحقيقة مترتب على تلك الحيثية ـ فيكون المنسوب اليه الملك هو المالك والاجازة تتعلق بهذا المضمون ـ غايةالامر ان الفضولى لما بنى على انه المالك اسند ملك العوض الى

نفسه (وفيه اولا) كون هذه الحيثية حيثية تقييدية غير ثابت بل الظاهر كونها حيثية تعليلية اذ المالك انما يبيع اويشترى لنفسه ـ لاللمالك (و ثانيا) ان الحيثية التقييدية المفروضةهى كونه مالكا ادعاءًلاحقيقة و ايقاع العقد للمالك الادعائى غيرقابل للتاثير بالاجازة ــ و وقوعه للمالك الحقيقى بـالاجازة موجب لكون المجاز غير منشأ و المنشأ غير مجاز .

و الحق فى المقـام يقتضى ان يقـال ـ ان بيـع الفضولى لنفسه على اقسام . (الاول) انيكون داعيه من البيع التصرف فى الثمن والايوقعه لمالكه ــ و فى هذا القسم لاكلام فى انه لو اجازه المالك صح ووقع لهو يكون المنشأ مجازا (الثانى) ان يبيع لنفسه من غير بناء على مالكيته للمبيع و يقصد خروج المعوض عن ملك مالكه ودخول عوضه فى ملكه ـ وهذاالقسم على مسلك المصنف رهوموافقيه من ان البيع هو المعاوضة يكون باطلا وغيرقابل للتاثير بالاجازة ـ ولكن على المسلك الحق من كون البيع هوالاعطاء لامجانا قابل للصحة بالاجازة ـ فان اجازه على ما وقع وقع للبايع ــ وان اجـازه لنفسهصـح ويكـون قصد وقوعه لنفسه ملغا و لغوا (الثالث) ان يكون البيع لنفسه بعد البناء على مـالكية نفسه ـ و هذا القسم هو الذى يكون مورد الكلام المصنف وقد عرفت مـافـى تصحيحه و وقوعه للمالك مع الاجازةـ ولكن يمكـن تصحيح ذلك بوجه آخر ـ وهو ان انشاء الغاصب على هـذاالنحو بالمطابقةيدل على تملكه للعوض ـ و بالدلالة الالتزامية يـدل على المبـادلة بالمعنى المذكوراى دخول المعوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض فيصح للمالك اجازة هذاالمدلول الالتزامى فيقع لهـ كماله اجازة المدلول المطابقى فيقع للغاصب . (الرابع) انيكون البيع لنفسه مـع قصده انشاء التملك بنفس انشاء البيع بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتبين احدهما التملك ثانيهما انشاء البيع لنفسه و بعبارة اخرى ـ ينشأ البيع لنفسه مترتبا عليه ـ وفى هذاالقسم لواجاز المالك التملك يقع البيع ـ لاللمالك كمالو اذن المالك للبيع لنفسه بهذا النحو ولعل هذا هو مراد كاشف الغطاء ره مما

نقله عنه المصنف ره ـ وعليه فلايرد عليه ما افاده المصنف ره بان الاجازة لادليل على تاثير هافى تاثير بناء الغاصب على الملكية فى تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه لان هذا مما لايؤثر فيه الاذن اذ الاذن فى التملك لايؤثر التملك فيكف اجازته ـ لان ايراده مبتن على ان يكون التملك بالبناء المجرد على الملكية من دون انشاء للتمليك وقد عرفت انه يمكن ان يكون مراده التملك بنفس البيع و لحوق الاجازة له لابأس به فتدبر .

قوله قده ثم ان مماذكرنا من ان نسبة ملك ـ يظهر اندفاع اشكال آخر فـي صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشترى الخ ملخص الكلام ان الاشكال انما يكون من جهتين (الاولى) ان المشترى العالم بكون البايع غاصبا كيف يملكه الثمن بازاء تمليكه مال الغير (الثانية) انه لوسلط المشترى العالم الفضولى على الثمن ليس له الرجوع على البايع بالثمن لورد المالك البيع على ماحكم به الاصحاب وهذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن فلا يكون البيع المزبور قابلا للاجازة لكونه بيعا بلا ثمن اذ لوكان هذا ثمنه كان اللازم ان يرد الى المشترى برد البيع (اما الاشكال) من الجهة الاولى فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال بان الغاصب كيف يقصد المعاوضة الذى مر ـ وبه يظهر ان ماذكره المصنف ره من انه بماذكرناه اندفع هذا الاشكال متين ـ ولايرد عليه ماافاده المحقق الايروانى ره بقوله لم اعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الاشكال كي يحصل به الجواب عنه . (واما الاشكال) من الجهة الثانية فيمكن الجواب عنه بان هذا الحكم لم يفت الاصحاب جميعا به بل فى المسألة قولان آخر ان ـ احدهما ـ الضمان مطلقا كما افتوا به جميعا فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ـ ثانيهما ـ الضمان مع بقاء العين ـ واجاب عنه المصنف ره بجوابين آخرين (احدهما) ان التسليط المذكور انمايكون تسليطا مجانيا فى صورة الرد خاصة لامطلقا (وفيه) ان هذا يكون تمليكا معلقا وهو غيرنافذ (ثانيهما) ان هذا الاشكال لوتم فانما هو على القول بالنقل

ولايتم على القول بالكشف فانه على هذا المسلك يكشف الاجازة عن كونه تسليطا على مال الغير (وفيه) ان الكشف الذى يمكن الالتزام به هو الكشف الحكمى لا الحقيقى فقبل الاجازة لايكون المال منتقلا عنه فتدبر .

لو كان مال الغير فى ذمته لا عينا

قوله قده الاول انه لافرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا او دينا فى ذمة الغير الخ اقول بعدما لا كلام فى عدم الفرق فى الفضولى بين كون مال الغير عينا اوفى ذمة الغير فى الجملة وقع الكلام فى جهات .

الاولى فيما به يتشخص مافى الذمة ـ والمصنف ره افاد ان تشخصه انما يكون باضافة الذمة الى الغير ـ و مقتضى اطلاق كلامه كصريح المحقق النائينى ره عدم الفرق بين الاضافة اليه لفظا او قصدا ـ اوبقصد العقد له لفظا او قصدا ـ و ذكر فى وجه كفاية الثانى ان تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول احد العوضين فى كيس من خرج عنه الاخر يكون تعيينا لمن فى ذمته الثمن ـ ولكن يرد عليه ـ انه بما ان الكلى مالم يضف الى ذمة شخص لايقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من فى ذمته الثمن لايكفى ولايغنى عن اضافة الكلى اليه فلابد من الاضافة المزبورة ـ فالتشخيص انما يكون بالاضافة خاصة .

الجهة الثانية انه لو لم يصدق الطرف الأخر قصد الفضولى البيع او الشراء لغيره ـ ففى المسألة اقوال ـ الاول ـ ماعن جمع من الاساطين و هو الحكم بوقوع العقد للفضولى ظاهرا ـ الثانى ـ الحكم بوقوعه له واقعا ـ الثالث ـ الحكم بعدم الوقوع (اقول) مجمل القول فى المقام ـ انه تارة يكذب كل منهما الأخر ـ كما لو ادعى البايع ان المشترى قصد الشراء لنفسه فى ذمته وهو ايضا قصد ذلك وادعى المشترى انه يقصد الشراء لغيره والبايع ايضا قصد ذلك ـ و اخرى ـ يدعي مدعى الفضولية انه قصد غير ماقصده طرفه وتخيل انه ايضا قاصد لذلك والاصيل ينكر ذلك ويدعى

انه قصد عين ماقصده وهو الشراء مثلا لنفسه (اما) الصورة الاولى فهى من قبيل التداعى فلابد من اعمال قواعد ذلك الباب (واما) الصورة الثانية فحيث ان المدعى هو من يدعى الفضولية لمخالفة قوله لظاهر العقد واصالة الصحة اذ على مايدعيه يكون العقد باطلا و على قول طرفه يكون صحيحا ـ فمقتضى القاعدة هو اقامة البينة و اذا لم يتمكن منها يحلف المنكر فان حلف برء وحكم ببطلان العقد وان لم يحلف ورد الحلف فان تمكن المدعى من الحلف على العلم بالقصد وحلف فيحكم له ـ وان لم يتمكن من الحلف على العلم ـ حكم له ايضا ـ وتمام الكلام فى كتاب القضاء .

الجهة الثالثة لوجمع بين المتنافيين ـ بان قال ـ اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى ـ او اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمة فلان ـ واجاز من اضيف اليه ففى الاول احتمل المصنف البطلان لانه فى حكم شراء شىء للغير بعين ماله ـ واحتمل الغاء احد القيدين وجزم المحقق النائينى ره بالصحة والغاء قيد لفلان لان وقوع العقد للغير انما يكون لو اضاف اليه ولم يلحقه بماينافيه ـ والا فيقع لنفسه كماهو مقتضى اطلاق العقد ـ وجزم السيد ره بالابطلان على مسلك المصنف ره من كون البيع هو المعاوضة (اقول) حق القول فيه بنحو يظهر الحق و مافي ساير الاقوال ـ انه بناءاً على المختار من كون البيع هو الاعطاء لامجانا ـ يصح البيع المذكور ويقع للغير و يشتغل ذمة نفسه بالدرهم ـ نعم ـ يعتبر اجازة ذلك الغير اذ دخول شىء فى ملكه بلارضاه مناف لتسلط الناس على انفسهم ـ و اما ـ بناءاً علي كونه هو المعاوضة كما اختاره المصنف ره وغيره فيمكن تصحيحه بالنحو الذى صحح البيع لنفسه بمال الغير بدعوى البناء على مالكيته له فاذا اجاز المالك يقع له فانه يقال فى المقام انه يشترى لغيره بدرهم فى ذمة نفسه بعد البناء على مالكيته لما فى ذمته وتسلطه عليه ففى الحقيقة يشترى لمن هو مسلط على مافى ذمته وهو نفسه فيصح البيع ويلغى قيد وقوع البيع للغير وبذلك يظهر مافى كلمات الاساطين هذا كله فى الاول (و به) يظهر الحال فى الثانى ـ اذ على المختار يقع لنفسه اذا اجاز ذلك الغير البيع على ماوقع ـ وان اجازه

لنفسه صح له ويلغى قيد وقوعه لنفسه ـ وعلى مسلك المصنف ره يقع للمجيز بالتقريب المتقدم ـ ولا وجه لما احتمله من الصحة بالغاء قيد ذمة الغير ـ فانه يلزم منه وقوع مالم يقصد كماهو واضح .

الجهة الرابعة لو جمع بين المتنافيين ورد العقد من اضيف اليه بطل العقد وعن العلامة ره في التذكرة وان كان في الذمة لغيره واطلق اللفظ الى آخر مانقله المصنف ره وهذا الكلام حيث انه بظاهره لاينطبق على القواعد تصدى القوم لتصحيحه

وقد ذكر المحقق النائيني ره له توجيهين (احدهما) ان يكون مراده شراء العاقد لنفسه مع كون المال في ذمته و يكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير وح فان اجاز الغير التولية يكون العقد له و يكون اجازته من قبيل القبول و ان رد يقع للعاقد (وفيه) ان ظاهر كلامه انه لو اجاز ينتقل المال من مالكه الى المجيز لامنه الى العاقد ومنه الى المجيز فتدبر (ثانيهما) ان يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمته ويكون جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير بناءاً على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فيكون كل منهما ضامنا بنحو الطولية ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال و هو الملزم به اولا ولكن اذا اجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر اليه واذا رد يبقى في ذمته (وفيه) اولا ان الغير اذ الم يجز لا معنى لكون الضامن ملزما ولا لوقوع البيع له ـ وثانيا ـ يلزم انه لو لم يؤد الغير المال بعد اجازة البيع ـ ان يجب على العاقد ان يؤديه وهو كماترى (فالصحيح) في توجيه كلام العلامة ره ان يقال ان مراده ـ انه يشترى شيئا بمن من الحنطة مثلا ويلتزم هو بادائه اما من مال زيد فيكون الشراء له او من ماله فيكون الشراء لنفسه وينحل هذا الشراء الى شرائين طوليين ـ فان اجاز الغير يقع له و ان رد يقع للعاقد ـ ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان ـ لان المتيقن من معقد الاجماع غير هذا المورد الذى ينشأ شرائان فتدبـر .

الفضولي في المعاطاة

قوله قده الثاني الظاهر انه لافرق فيماذكرنامن اقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة الخ اقول في المسألة وجوه و بعضها اقوال ـ ثالثها التفصيل بين القول بالاباحة فلايجرى الفضولي في المعاطاة والقول بالملك فيجري. رابعها ـ التفصيل بين كون الفضولي على خلاف القاعدة فلايجري مطلقا و كونه على طبقها فيجري ـ خامسها ـ التفصيل ـ بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة فلايجري و بين كونها على طبقها فيجري (وحق) القول في المقام يقتضي التكلم في مقامين ـ الاول ـ بناءاً على القول بافادة المعاطاة الملك ـ الثاني ـ بناءاً على القول بافادتها الاباحة. اما الاول فالكلام فيه يقع في موردين ـ الاول ـ بناءاً على كون الفضولي على طبق القاعدة ـ الثاني ـ بناءاً على استفادته من النصوص الخاصة .

اما المورد الاول فان قلنا بان افادة المعاطاة الملك انما تكون على خلاف القاعدة يتعين البناء على عدم جريان الفضولي فيها اذ المتيقن منه تعاطي المالكين ـ و ان قلنا بان افادتها الملك انما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو البناء على الجريان .

وقد استدل لعدم الجريان بوجوه (الاول) ان الاقباض الذي يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا في مال الغير فلايترتب عليه اثر (وفيه اولا) ان النهي النفسي عن المعاملة لا يدل على فسادها كما حققناه في اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح (وثانيا) انه قدلا يحتاج الى اقباض مال الغير لماتقدم في مبحث المعاطاة من كفاية العطاء من جانب واحد والاخذ من الاخر ـ واجاب عنه المصنف بجوابين آخرين (احدهما) انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك (وفيه) ماتقدم منا تبعا له قده من خروج المعاملة بذلك عن الفضولية اللهم الا ان يقال ان جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض والاقباض والرضا المخرج للمعاملة عن الفضولية هو الرضا بانتقال ماله عن

ملكه واحدهما غير الاخر فتدبر (ثانيهما) انه لودل النهى على الفساد لدل على عدم ترتب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض فى السببية فلاينا فى كونه جزء سبب (وفيه) انه لودل النهى على الفساد لزم منه الغاء المنهى عنه فى نظر الشارع الاقدس و كانه لم يتحقق فلامحالة لايصلح لكونه جزء سبب. وان شئت قلت - ان تأثير اعطاء مال الغير واقباضه انما يكون على سبيل جزء المؤثر لاالعلية التامة فلودل النهى على الفساد لاقتضى الغاء هذا الاثر لامالیس له فى نفسه فالصحيح هو الوجهان الاولان (الثانى) ما افاده صاحب المقابيس وهو ان المعاطاة منوطة بالتراضى مع قصد التمليك او الاباحة وهما من وظائف المالك (وفيه اولا) ان هذا الوجه لوتم لاقتضى عدم جريان الفضولى فى غيرها ايضا والكلام فى المقام بعد جريانه فيه (وثانيا) ان التمليك الانشائى ليس من وظائف المالك خاصة والاثر وان كان مترتبا على رضا المالك الا ان المفروض فى المقام تحققه بالاجازة (الثالث) ماافاده المحقق النائينى ره (وحاصله) ان الاجازة لابد وان تتعلق بامر مستمر باق كى ينتسب بها الى المالك وهذا فى العقد القولى موجود اذحاصل المصدر ينفك عن الانشاء القولى ويستمر بعده فيستند بالاجازة الى المالك واما فى العقد الفعلى اى الاعطاء فليس حاصل مصدره امر امستمرا باقيا بل هو العطاء وهو لا ينفك عن الاعطاء وباجازة المالك لاينقلب الفعل عما وقع عليه (وفيه) ما تقدم فى مبحث المعاطاة من ان الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة بلافرق بينهما وعليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كمافى الانشاء القولى وتتعلق الاجازة به فالاظهر جريان الفضولى فيها .

و اما المورد الثانى فان كان مدرك صحة الفضولى عموم التعليل فى نصوص النكاح فهو يقتضى جريانه فى المعاطاة لعموم العلة - و ان كان غيره فهو مختص بغير المعاطاة لعدم الاطلاق له - وترك الاستفصال فى صحيح (١) محمد بن قيس لايفيد

١- الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

بعدعدم كونه فی مقام البيان من هذه الجهة وقوله ﷺ بارك الله فی صفقة يمينك فی رواية(١) البارقی لاظهور له فی وقوع المعاملة معاطاة فان صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية ان يكون الانشاء بصفقة اليمين .

قوله قده حيث ان الظاهر وقوع المعاطاة الخ ان كان منشأ استظهاره ما ذكرناه فقد عرفت ما فيه و ان كان هو غلبة ذلك فی المعاملات فی المحقرات فهی ممنوعة .

و اما المقام الثانی فقد استدل المصنف ره لعدم جريان الفضولی فيها علی القول بالاباحة بوجهين (احدهما) ان افادة المعاطاة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها علی صورة تعاطی المالكين (الثانی) ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن (اقول) انه لو قلنا بالاباحة - من باب ان المعاطاة مفيدة للملك غاية الامر يشترط فيه التصرف - او التلف وقبله يحكم بالاباحة الشرعية لدليل خاص - فالفضولی يجری فی المعاطاة لما تقدم نعم لا يحكم بالاباحة ما لم يجز - و اما لو قلنا بانها مفيدة للاباحة - و تكون الاباحة شرعية فدليله الاول متعين ولايتم الثانی اذ نسبة الاباحة الی ما قبل الاجازة و ما بعدها علی حد سواء بعد فرض ان المالك قاصد للملك فحصولها قبلها لامانع منه - و اما اذا قلنا بالاباحة المالكية المنشأة بالفعل فيمكن الاستدلال بادلة نفوذ المعاطاة من قبيل اوفوا بالعقود لجريان الفضولی فيها لاستناد العقد الی المالك بعد الاجازة فتدبر .

القول فی الاجازة

قوله قده اما الكلام فی الاجازة فيقع تارة فی حكمها وشروطها و اخری فی المجيز وثالثة فی المجاز اما حكمها فقد اختلف القائلون الخ المنسوب الی المشهور هو القول بالكشف بل قيل انه لم ينقل القول بالنقل عن احد الی زمان المحقق

---

١ - المستدرك باب ١٨ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

اقا جمال قده و اما المتاخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل و عن جماعة التوقف فـي المسألـة .

ثم ان الكشف يتصور له معان (احد ها) الكشف الحقيقى الصرف وهو الظاهر من جامع المقاصد والجواهر (ثانيها) الكشف عن امر مقارن للعقد وهو اما الرضا التقديرى كما عن المحقق الرشتى ره او تعقب العقد بالرضا فانه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الاعلام واما امر مجهول عندنا بان يكون الشرط لتاثير العقد امرا واقعيا مقارنا له لانعرفه الا انه يكون ذلك الامر ملازما للاجازة الاستقبالية (ثالثها) الكشف عن الاثر لكون الاجازة من قبيل الشرط المتاخر و هو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتاخر ونسب ذلك الى المشهور (رابعها) الكشف الانقلابى بان تكون الاجازة المتاخرة موجبة لحدوث التاثير فى العقد وجاعلة اياه سببا تا ما و هو الذى احتمله المصنف ره فى آخر كلامه (خامسها) الكشف الحكمى بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل لاحصول نفس الملكية وهو المنسوب الى المحقق شريف العلماء استاد المصنف ره (سادسها) الكشف بان تكون الاجازة بوجودها الدهرى المجتمع مع شروطها فى وعاء الدهر اذ الطوليات الزمانية عرضيات فى عالم الدهر شرطا و فى المقام(قول آخر) اختاره المحقق الايروانى ره والاستاد الاعظم و نسب الى المحقق الخراسانى وهو النقل فى الملكية والكشف فى المملوك بان يكون اعتبار الملكية بعد الاجازة والمعتبر قبلها و ستعرف توضيحه هذه هى الاقوال فى المسألة .

واما الادلة فقد استدلو اللكشف بوجوه و كل واحد منها استدل به للقول بنحو من الكشف .

الاول ما عن فخر الدين فى الايضاح وهو انه اذا لم تكن الاجازة كاشفة لزم تاثير المعدوم فى الموجود اذ العقد حالها عدم (وحيث) ان هذا الوجه بظاهره بين الفساد من جهة ان القائل بالنقل يرى ان العقد جزء العلة لاتمامها ومعلوم ان بعض اجزاء العلة كثيراً مايتقدم على المعلول زمانا كمافى التدريجيات اى الاجزاء المتدرجة فى الوجود

فقد تصدى المحقق النائينى ره لتوجيهه ووجهه بان مراده ان المنشأ لايتخلف عن الانشاء واسم المصدر لايعقل انفكاكه عن المصدر. ولكن يرد عليه ان المنشأ هو الملكية فى اعتبار المتبايعين والذى يكون محل الكلام هو الملكية فى اعتبار الشارع الاقدس

الوجه الثانى ماعن جامع المقاصد و هوان العقد سبب تام اذا لمأخوذ موضوعا لوجوب الوفاء هو العقد قال الله تعالى(١) اوفوا بالعقود ولا يكون شىء آخر دخيلا فيه والالاخذ فى الموضوع غاية الامر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك اذا لم يجزه المالك فالعقد الذى اجازه المالك يكون باقيا تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتاثيره خاصة من دون توقف على شىء آخر نعم الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الاجازة اذ مالم يجز حيث يمكن عدم الاجارة فيحتمل عدم تحقق الموضوع هذا هو مدرك المعنى الاول من الكشف (وفيه اولا) ما تقدم من ان خطاب اوفوا بالعقود متوجه الى المالكين ومفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده و العقد الصادر من الفضولى انما يكون عقدا للمالك بالاجازة فالموضوع يتحقق من حين الاجازة (وثانيا) انه قد دل الدليل من الاجماع والنص على اعتبار رضا المالك ودخله فى ترتب الاثر وهو يقيد العموم فتامل.

الثالث ما عن المحقق الرشتى ره وهو ان الشرط لتاثير العقد هو الرضا التقديرى من المالك و الاجازة تكشف عنه ككاشفية شاهد الحال هذا هو مدرك الوجه الاول من المعنى الثانى له (وفيه اولا) ان الرضا التقديرى لايكفى فى تاثير العقد لعدم انتسابه اليه بذلك (وثانيا) ان الاجازة لاتكشف عن ذلك كيف وا لحالات الموجبة لاختلاف المالك من حيث الرضا والكراهة مختلفة فيمكن ان لايكون حين العقد راضيا ويصير كك بعده.

الرابع ماعن صاحب الفصول واخيه المحقق. وهو انه حيث لايمكن ان يكون الاجازة

١ـ المائدة آية ٢

المتاخرة شرطا لامتناع تاخر الشرط الذى هو من اجزاء العلة التامة التى يمتنع تاخرها عن المعلول فلامناص عن الالتزام بان الشرط الوصف الانتزاعى منه كالتعقب - هذا هو مدرك الوجه الثانى من المعنى الثانى (وفيه اولا) ان لازم الوجه المذكور لو تم ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الانتزاعى بل تحقق المعلول بعد الاجازة كما هو ظاهر الادلة (وثانياً) انه لايكون العقد بذاته منشأ لانتزاع هذا الوصف - بل المنشأ هو الاجازة - والامر الانتزاعى لايتحقق قبل تحقق منشأ انتزاعه - وان ابيت عن ذلك وقلت بان عنوان التعقب كعنوانى السابق والملحوق ينتزع من نفس العقد - كما انهما ينتزعان منه - لكن لا كلام فى ان هذا العنوان مع عنوان لاحقية الاجازة متضائفان والمتضائفان متكافئان فى القوة والفعلية فمع عدم فعلية الثانى لعدم تحقق منشأه لايصير الاول فعليا

و اما الوجه الثالث من المعنى الثانى فلم ار ما استدل به عليه و يرده انه خلاف ظاهر الادلة ورجم بالغيب مع ان ذلك الامر حيث انه ليس من الامور المتاصلة اذ الصادر من الفضولى ليس الا العقد - فلامناص عن الالتزام بكونه امرا انتزاعيا - وعليه - فان كان منشأه نفس العقد لزم ترتيب آثاره و لو لم تتحقق الاجازة - وان كان المنشأ هو الاجازة عاد المحذور المتقدم فى سابقه.

الخامس ما استدل به على الكشف الانقلابى - وهو كون الاجازة من المالك محدثة للتاثير فى العقد و جاعلة اياه سببا تاما (وحاصله) انه فرق بين الاجازة و غيرها من الشروط كالقبض - فان الاجازة انما تكون انفاذ للعقد السابق فهى ليست دخيلة فى حصول الملكية بل متممة للعقد الذى هو السبب للملكية نظير انفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر - فالعقد الى حين الاجازة لم يكن سببا وبها انقلب و صار سببا تاما و لازمه تاثيره فى الملك بعد ما لم يكن بنحو الانقلاب (وفيه اولا) انه لايعقل انقلاب الشىء عما وقع عليه (وثانيا) ان الاجازة بهذا المعنى لم يدل دليل على نفوذها شرعا - اذ اعتبار الاجازة فى سببية العقد - اما ان يكون لاجل اعتبار استناد العقد الى المالك - او يكون لاجل اعتبار رضا المالك فى نقل ماله عن ملكه وعلى الاول لايستند العقد الى المالك

الى حين الاجازة لانها توجب استناد ماوقع من اول وقوعه اليه بل من حين الاجازة كما تقدم فمن حين الاجازة يتم السبب للملكية فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب - وكك الامر على الثاني اذ الرضا انما يوجد حين الاجازة لاقبلها فلا حلية للتصرف قبلها ولاملك .

السادس ما استدل به على الكشف الحكمي - وهو وجهان (احدهما) ما استدل به على الانقلاب بضميمة انه حيث لايعقل الانقلاب فبد لالة الاقتضاء يبنى على ارادة معاملة العقد الملحوق بالاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الاثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشترى وان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك ووقع النماء فى ملكه - ويرد عليه ما تقدم (ثانيهما) ان الكشف الحكمي سار فى اغلب ابواب الفقه كباب الخمس والزكاة ونحوهما - وحاصله - ان كل ما يكون موضوعاً لحكم بواسطة الامر المتاخر بحيث كان الامر السابق بمنزلة المادة - وذلك الامر بمنزلة الصورة فمقتضى القاعدة ترتيب اثار الموضوع من اول تحققه لانه ينكشف تحقق الموضوع من اول الامر مثلا عنوان فاضل المؤونة موضوع لوجوب الخمس - وذاته يتحقق اول زمان ظهور الربح ولكن اتصافه بهذا العنوان انما يكون بعد انقضاء السنة - فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من اول السنة - وفى المقام العقد انما يكون موضوعا لوجوب الوفاء بواسطة الاجازة المتاخرة فلابد من البناء على ترتيب الاثار مهما امكن (وفيه) انه اذا كان الامر المتاخر بمنزلة الصورة فلابد من الالتزام بالنقل اذ حقيقة الشىء انما تكون بصورته .

واما كون الاجازة شرطا بوجودها الدهرى - فهو مندفع بان شرط الزمانى لابد وان يكون زمانيا فلم يبق من معانى الكشف الا المعنى الثالث وهو الكشف عن الاثر .

فقد استدل له بان الاجازة متعلقة بالعقد وهى رضا بمضمونه وليس الا النقل من حينه - وهذا الوجه قد استدل به للقول الاخير الذى هو برزخ بين النقل والكشف - و تنقيح القول فى المقام يقتضى التكلم فى موارد (الاول) فى امكان كل من القولين (الثانى)

في تمامية هذا الوجه (الثالث) في انه على فرض التمامية هل يثبت به الاول او الثاني.

اما الاول فغاية ماقيل في وجه امتناع الاول ـ انه مستلزم للقول بالشرط المتاخر والشرط لايتاخر ـ والالزم تاثير المعدوم في الموجود ـ اوعدم التاثير والاول محال والثاني خلف ـ والجواب عن ذلك في الاصول وقد اشبعنا الكلام فيه في حاشيتنا على الكفاية (و اجماله) ان الشرط بنفسه ليس دخيلا في المصلحة و الحكم بل التقيد به دخيل فيهما وهو بوجوده الخارجي طرف لمايكون دخيلا في الموضوع وهو التقيد به والتقيد عبارة عن اضافة خاصة حاصلة للشيء اذا لوحظ مع غيره وتلك الاضافة تحصل اذا لوحظ مع المتاخر كماتحصل اذا لوحظ مع المقارن وعلى التقديرين هو مقارن له مثلا في العرفيات الحمامي انمايرضى بالتصرف في الحمام وصرف الماء لمن يعطى الفلوس فيما بعد خروجه ـ فمن علم من حاله انه يعطيه بعد الخروج بما انه بالفعل مقيد بهذا ويتصف به يجوز له التصرف فيه (وبالجملة) حصول امر اعتباري اضافي من جهة تحقق المتاخر في ظرفه واضح ودخل العناوين الاعتبارية الاضافية في المصالح والاحكام في غاية الوضوح فلامحذور في الشرط المتاخر اصلا.

واما القول الثاني وهو كون اعتبار الملكية بعد الاجازة والمعتبر سابقا (توضيحه) ان اعتبار الملكية وحصول الملكية كمايمكن اجتماعهما بحسب الزمان كك يمكن افتراقهما بان يكون الاعتبار فعلا والمعتبر في زمان لاحق ـ او في زمان سابق ـ اذ الاعتبار خفيف المؤونة ويكون نظير التصور واللحاظ ويصح تعلقه بامر متاخر اومتقدم اذا كان هناك مصحح له ولم يترتب عليه محذور ولذا بنينا على صحة اعتبار ملك المعدوم والملك للمعدوم ولايتوقف الاعتبار الاعلى اثر مصحح له ـ ففي المقام يعتبر الملكية بعد تحقق الاجازة لكن المملوك شيء سابق عليها واقع بعد العقد ـ فيكون ملكية العين ومنافعها قبل الاجازة لمن انتقلت عنه وبعد الاجازة لمن انتقلت اليه.

فقد قيل في وجه عدم امكانه امور (الاول) انه يلزم كون المال ملكا لمالكين في زمان واحد وهذا غير معقول (و فيه) انه حيث يكون زمان الاعتبار متعدد افلا

محذور فى اجتماع ملكيتين فى زمان واحد- وان شئت قلت ان الاعتبار خفيف المؤونة فيمكن اعتبار شيء واحد لشخصين مع تعدد زمان الاعتبار (الثانى) انه بناءاً على مسلك العدلية من تبعية الاحكام للمصالح والمفاسد - اعتبار كون العين لمن انتقلت عنه الى حين الاجازة لامحالة يكون لمصلحة داعية الى ذلك- ومعه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت اليه فى ذلك الزمان بعد كون المصلحة من الامور الواقعية (وفيه) ان الاحكام الوضعية تابعة لمصالح فى الاعتبارات لافى المعتبر فلايلزم الاجتماع (الثالث) انه يلزم التعارض بين الآثار مثلا اذا كان للعين منافع و استوفاها الغير مقتضى الاعتبار الاول كون عوضها لمن انتلت عنه فيكون ضامناله - و مقتضى الاعتبار الثانى كونه لمن انتقلت اليه و كونه ضامناله وهكذا (وفيه) ان الآثار غير الباقية لاكلام فيها والباقية مترتبة على الاعتبار الثانى وهو الميزان وفى المثال يحكم بكون الثانى ضامناله (فتحصل) ان الاظهر معقوليتهما معاً .

و اما المورد الثانى فمحصل الدليل المشار اليه ان العاقد الفضولى كغيره من العاقدين يقصد النقل من زمان العقد وينشأ ذلك و الاجازة من المالك تتعلق بتمام ما انشأه الفضولى لابعضه - ودليل صحة بيع الفضولى انمايدل على صحة عقد الفضولى الذى اجازه المالك ووقوعه- فتكون النتيجة هو الكشف واورد عليه المصنف ره بايرادات

الاول ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه بل اصل النقل وانمايحكم بوقوعه من ذلك الحين فيما اذا كان العاقد هو المالك من جهة وقوع الانشاء الذى هو العلة فى ذلك الحين و المعلول لايتخلف عن علته وبعبارة اخرى مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان وانما الزمان ظرف له لاقيد واستشهد لذلك بامرين (احدهما) ان القبول حاله حال الاجازة فى كونه رضا بمضمون الايجاب مع انه لم يقل احد بالكشف فيه (ثانيهما) ان الفسخ للعقد انمايكون نظير الاجازة متعلقا بمضمون العقد فلو كان زمان وقوع العقد ماخوذا فى العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجبا للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد مع انه لم يقل به احد .

اقول يرد عليه قده ان العاقد الملتفت بحسب الطبع اذالم ينشأ النقل فى زمان

متاخر لامحالة يكون قاصداً الى النقل من حين العقد وانما لايذكره فى الانشاء اعتماداً على مايقتضيه اطلاق العقد كيف ولو كان قاصداً لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان لم يكن وجه لوقوعه من حين العقد ومجرد وقوع الانشاء فى زمان لايكفى فى وقوع المنشأ من ذلك الحين فان الانشاء سبب لوقوع مضمونه و المفروض انه النقل على سبيل الاهمال لامن حينه فيتوقف وقوعه من حينه على مرجح يقتضيه (مع) انه يفرض الكلام فيما اذا انشأ النقل من حين العقد واما ماذكره من الشاهدين فيرد على الاول منهما انه ان قلنا بان القبول انشاء للتملك فالفرق بينه و بين الاجازة واضح ـ و ان قلنا انه رضا بمضمون الايجاب فلا محذور فى الالتزام بحصول النقل من حين الايجاب الا انه بناءاً على اعتبار الموالات بين الايجاب و القبول قليل الفائدة اى لافرق بين وقوعه من حين الايجاب او من حين القبول غالبا ـ و اما الشاهد الثانى فيرد عليه ان الفسخ هو حل العقد بقاءاً لامن حين تحقق العقد (ثم ان) المصنف ره فى ذيل هذا قال **والحاصل انه لااشكال فى حصول الاجازة بقول المالك الخ** اقول هذا ليس حاصلا لما تقدم بل هو جواب آخر ـ ومحصله انه لوسلم كون انشاء الفضولى متعلقا بالنقل من حينه الاان الاجازة ليست متعرضة لانشاء الفضولى و انما هى عبارة عن الرضا بالنقل والمبادلة فتكون مؤثرة فى النقل من حينها (وفيه) ان الرضا بالمبادلة مالم يكن رضـا بما انشأه الفضولى لايكون كافيا وانما يبتنى على كفاية الكاشف عن الرضا من قبيل رضيت بكون مالى لزيد بازاء ماله من جهة كونه رضا بما انشأه الفضول بالالتزام و الا لم يكن كافيا .

الايراد الثانى انه لوسلم كون العقد انشاءاً للنقل من حينه ـ و الاجازة متعلقة بهذا الانه لادليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو ـ فان خطابات الامضاء من قبل اوفوا بالعقود (١) واحل الله البيع (٢) انما تتوجه الى العاقدين والمالك انما يصير

١ ـ المائدة آية ٢ ٢ ـ البقرة آية ٢٧٥

عاقدا من حين الاجازة فتلك الخطابات تتوجه اليه من حين الاجازة فالاحكام التكليفية انماتكون ثابتة من حينها وقبلها لايجب الوفاء بالعقد ولايحل التصرف له - و الملكية انماتكون منتزعة منها فكيف يمكن الحكم بتحققها من قبل الاجازة والامر الا نتزاعى لايتقدم على منشأ انتزاعه (وفيه) انهذا الوجه يصلح ردا للكشف عن الاثر - ولا يصلح جوابا عمن يلتزم بكون اعتبار الملكية انما يكون من حين الاجازة الاان المعتبر هو امر من حين العقد الاعلى مسلكه قده من انتزاعية الاحكام الوضعية عن الاحكام التكليفية - و اما بناءاً على كونهامجعولات بالاستقلال كماحققناه فى محله - فلايتم هذا الجواب فان الحكم التكليفى وان كان من حين الاجازة - الاانه لامانع من الالتزام بثبوت الحكم الوضعى بالنحو المتقدم من حين العقد فتدبر .

الايراد الثالث انه لوسلم جميع الامور المشار اليها - من كون العقد انشاءاً للنقل من حينه - ومن ان الاجازة انفاذ لذلك - والادلة تدل على صحة هذا العقد المجاز الا انه لعدم معقولية ذلك فانه يستلزم انقلاب العقد عما وقع عليه من عدم التاثير الى التاثير وهو محال - فلابد من صرف الدليل عن ظاهره وحمله على الكشف الحكمى - (وفيه) ان انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر الى صيرورته مؤثرا امرلا بدمنه حتى على القول بالنقل - فان ذلك من لوازم دخل الاجازة فى تأثيره وانما الخلاف فى ان اثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الاجازة كمايقول به القائل بالنقل - او من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقا والمعتبر سابقا (فتحصل) مماذكرناه تمامية هذا الوجه .

وبماذكرناه ظهر الكلام فى المورد الثالث - وانه انمايدل على الكشف بالمعنى الذى اختاره المحقق الخراسانى وتبعه جمع من الاساطين - وخلاصة الكلام ان ادلة الامضاء انماتدل على العقد المجاز بماله من المدلول وهو ماذكرناه كما عرفت هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

و اما الاخبار الخاصة فيدل على الكشف صحيح (١) محمد بن قيس المتقدم

١- الوسائل - باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث١

من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد فى صورة الاجازة مع انه على القول بالنقل كان اللازم الحكم بالضمان (و المصنف) ره قال لكن لاظهور له فى الكشف الحقيقى فيحتمل الكشف الحكمى (ولكن) يمكن ان يقال انه بضميمة قاعدة من اتلف ظاهر فى الكشف الحقيقى - فانه لو كانت الوليدة الى حين الاجازة باقية على ملك مالكها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة - فبعين البرهان الذى ذكره لاستفادة الكشف من خبر ابى عبيدة يستفاد الكشف الحقيقى من هذا الصحيح - وحيث عرفت ان المعقول من الكشف هو الكشف فى المعتبر - والصحيح قابل للحمل عليه فيحمل عليه .

ويدل عليه ايضا خبر ابى عبيدة (١) الوارد فى تزويج الصغير ين فضولا الآمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى اجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الادراك - فقد افاد المصنف ره فى وجه دلالته على الكشف ان مال الميت لو كان قبل الاجازة باقيا على ملك ساير الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط (٢) الناس على اموالهم فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف - واورد عليه السيد وتبعه المحقق الايروانى ره بانه لا محيص عن مخالفة احدى القاعدتين اما قاعدة السلطنة ان قلنا بالنقل او عموم دليل (٣) الاستصحاب ان قلنا بالكشف فترجيح احدى القاعدتين على الاخرى بلا مرجح (وفيه) ان مخالفة عموم دليل الاستصحاب لامحيص عنها على القولين اذ لو قلنا بالنقل و انها ترث بعد الاجازة كان العزل منافيا لاصالة عدم الاجازة (ويمكن) ان يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف - وهو انه لو قلنا بالنقل فان بنينا على انتقال المال كلا الى الورثة و ان الزوجة تتلقى نصيبها من ساير الورثة لزم مخالفة قاعدة الارث المقتضية لتلقى النصيب من الميت - وان بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت لزم مخالفة قاعدة (٤) ما تركه الميت فلوارثه - وهذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف كما هو واضح (فتحصل) ان القول بالكشف فى المعتبر هو الذى يقتضيه القواعد والادلة الخاصة فعليه الفتوى .

١- الوسائل - باب ١١ من ابواب ميراث الازواج حديث ١

٢- البحار ج٢ - ص٢٧٢ الطبع الحديث

٣- الوسائل - باب ١- من ابواب نواقض الوضوء - وباب ٤١ - من ابواب النجاسات وباب ١٠ من ابواب الخلل الواقع فى الصلاة حديث٣ -

٤- اصول الكافى ج ١ ص٤٠٦

ظهور الثمرة على قول الكشف والنقل

قوله قده بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل الخ

تنقيح القول في المقام بالبحث في مقامات (الاول) في تصرف كل منهما في ماانتقل اليه (الثاني) في تصرف كل منهما فيما انتقل عنه (الثالث) في ساير الآثار من النماء وغيره .

اما المقام الاول فالكلام فيه يقع في موارد (١) في الحكم التكليفي (٢) في الحكم الوضعي (٣) في الآثار الاخر المترتبة على الملك.

و ليعلم ان الكلام في المقام يقع في تصرف الاصيل - واما تصرف المالك الذي وقع العقد على ماله فضولا فسياتي الكلام فيه انشاء الله تعالى.

اما المورد الاول - فعلى القول بالكشف الحقيقي باحتمالاته من شرطية التعقب - اوشرطية اللحاظ - اوشرطية الاجازة نفسها بنحو الشرط المتاخر - او الكشف المحض - يجوز التصرف ان اجاز المالك لفرض وقوعه في ملكه (و ماافاده) المصنف ره من الفرق في جواز التصرف بين كون نفس الاجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و الحكم بجواز التصرف على الثاني دون الاول - ان اراد شرطيتها على سبيل الانقلاب فهو حق كماستعرف - الاانه لايلائم مع ماافاده بعد سطرين من جواز الوطء واقعا على الكشف الحقيقي مطلقا كما لايخفى - وان اراد شرطيتها على نحو الشرط المتاخر فهو غير صحيح اذ جواز التصرف من آثار الملك والمفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك ايضا وعلى القول بالنقل - والكشف الانقلابي - و الكشف الذي اخترناه - والكشف الحكمي - لايجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الاجازة و تحقق الملك بعد الاجازة ولو من حين العقد بنحو الانقلاب او النحو المعقول لايوجب انقلاب التصر وقع اماء حرف الو اماقع عليه هذا في الحكم الواقعي - واما في الظاهر فان

علم بالاجازة جاز التصرف ظاهرا ـ على فرض جوازه واقعا ـ وان لم يعلم به لم يجز لاصالة عدم تحقق الاجازة بناءاً على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الامور الاستقبالية .

واما المورد الثاني فعلى القول بالكشف بالنحو الذى اخترناه فبيعه يكون من قبيل من باع شيئا ثم ملك وكك ماشابهه ـ و اما الطلاق فلاينبغى الاشكال فى فساده لعدم علقة الزوجية حينه ـ و كك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب و اما على الكشف الحكمى فلابد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الاجازة وان وقعت غير نافذة حين وقوعها ـ واما على ساير وجوه الكشف فلاريب فى نفوذها ـ كما لاريب في عدم النفوذ على القول بالنقل .

و اما المورد الثالث ـ فلو اولد المشترى الجارية قبل اجازة مالكها ـ فعلى القول بالكشف الحقيقى بنحو الكشف المحض ـ اوالكشف عن مقارنة الشرط ـ او الكشف عن الاثر ـ صارت امولد لوقوع الوطء فى ملكه ـ و على القول بالنقل لايتحقق الاستيلاد بلاكلام ـ و اما على الكشف الانقلابى ـ و الكشف الذى اخترناه فالاظهر عدم تحقق الاستيلاد ـ اذ الاجازة على القولين توجب الملكية حقيقة فى الزمان الذى لم يكن الملك موجودا ـ و هذا لايوجب انقلاب الوطء الواقع فى ملك الغير بوقوعه فى ملك الواطء سيما على المختار لورود الاعتبار على الوطء وعليه فلا يتحقق الاستيلاد ـ و اما على الكشف الحكمى فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاد فان الوطء وان وقع فى ملك الغير ـ الا انه حيث دل الدليل على ترتيب جميع آثار الملك ومن جملتها الاثار المترتبة على وقوع الوطء فى الملك من عدم جواز بيع الام وحرمة الولد فيجب ترتيبها ـ وعلى هذا فلاوجه لاحتمال عدم تحقق الاستيلاد على الكشف الحكمى كمافى المتن ـ واوضح اشكالا من ذلك البناء على تحقق الاستيلاد على الكشف الحقيقى بوجوهه لماعرفت .

و اما المقام الثانى وهو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه ـ فالكلام فيه يقع فى

موردين (الاول) في تصرف المجيز (الثاني) في تصرف الاصيل. ومحل الكلام التصرف المخرج عن الملك

اما المورد الاول - فمن حيث الحكم التكليفي لا كلام في الجواز على جميع الاقوال وستعرف وجهه - واما من حيث الحكم الوضعي - فالاقوال فيه اربعة (الاول) النفوذ مطلقا اختاره جمع منهم السيد والمحقق النائيني ره (الثاني) عدم النفوذ على الكشف مطلقا - ذهب اليه جمع منهم المحقق الايرواني ره (الثالث) النفوذ مع بقاء قابلية العقد الفضولي لان يجاز فيجمع بينهما بان على المجيز القيمة (الرابع) مافي المتن - و هو بطلان النقل على الكشف الحقيقي - و صحته على الكشف الحكمي مع البناء علي عدم قابليته للاجازة اذا كان التصرف من قبيل اتلاف العين عقلا او شرعا كالعتق وبقاء القابليته و الحكم بصحة الاجازة ان كان بنحو لاينافيها كاتلاف النماء و نقله .

و قد افاد في وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقي بانه بالاجازة ينكشف وقوع النقل في ملك الغير - وفي وجه صحته على الكشف الحكمي و نفوذ الاجازة مع رجوع المشتري الى المجيز بالقيمة ان لم يكن التصرف بالاتلاف بانه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه وصحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل - وفي وجه عدم صحة الاجازة على الكشف الحكمي ان كان التصرف بالاتلاف بانه يفوت محل الاجازة (اقول) في كلامه قده مواقع للنظر (اما) ماافاده اولا - فلان العقد الصادر من الفضولي لا يكون مؤثرا وحده في لزوم التزام المالك بمفاده فهو بعد في سعة من ذلك فلو نقله بعقد لازم شمله ادلة ذلك العقد و يجب الوفاء به وبعده لايبقى مورد للاجازة لخروجه عن ملكه و تلك الاجازة الواقعة في غير ملكه لاتصلح ان تؤثر في نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كي يصير نقلا لمال الغير - و بالجملة الاجازة المؤثرة هي ماتكون صادرة ممن بيده زمام المال فاذا فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها فلا يبقى لها محل ومعه لما اثرت شيئاً (واما) ما افاده ثانيا - فلانه اذا فرضنا صحة الاجازة كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك

الاصيل من حين العقد ومن جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الاجازة - فالفرق ح بين الكشف الحقيقي و الحكمي في غير محله (واما) ما افاده ثالثا - فلانه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذي هو اتلاف للمال شرعا - وبين النقل واخراجه عن ملكه - حيث حكم في الاول بفوات محل الاجازة دون الثاني و بالجملة فوات محل الاجازة انما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردين وخروجه عن المالية غير دخيل في ذلك فتدبر (فتحصل) ان الاظهر هو نفوذ النقل مع فوات محل الاجازة - ثم عدم النفوذ على القول بالكشف الحقيقي والحكمي فتدبر .

واما المورد الثاني فالكلام فيه يقع من جهتين الاولى في ان العقد من قبله هل يكون لازما ام لا - الثانية في حكم تصرفاته على كل من القولين .

اما الجهة الاولى - ففيها اقوال (الاول) اللزوم مطلقا (الثاني) عدمه كذلك ذهب اليه جمع من الاساطين (الثالث) ما في المتن - و هو اللزوم على القول بالكشف و عدمه على القول بالنقل - وليعلم ان كلامه في هذه المسألة مبتن على الكشف الانقلابي .

و ملخص ما افاده في مقام الفرق بينهما - انه على القول بالنقل الاجازة دخيلة شرطا اوشطرا في تأثير العقد ويكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيد بالاجازة فقبل الاجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققا لعدم تحقق شرطه وقيده - واما على القول بالكشف فالاجازة وان كانت مؤثرة في الملكية وتكون سببا لصيرورة العقد سببا تاما للملك بنفسه - الا ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شيء آخر اليه - وبعبارة اخرى تكون الاجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك الا انه حيث تكون هي بعنوان الامضاء والانفاذ فلا تكون دخيلة في موضوعيته لوجوب الوفاء - وعلى هذا بنى التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك و وجوب الوفاء بالعقد بمعنى لزومه عليه - وبهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد قده وتبعه غيره .

ولكن يرد عليه قده - ان الاجازة حتى على الانقلاب انما توجب انتساب العقد

الى المالك وقبلها لايكون هناك التزام من المالك بل من الفضولي- وعلى ذلك فبما ان حقيقة العقد ربط احد الالتزامين بالاخر - و من المعلوم ان الاصيل انما يربط التزامه بالتزام المالك لا الفضولي فقبل الاجازة لا يكون هناك عقد كي يجب الوفاء به على الاصيل - وبعبارة اخرى ان الفضولي ان اشترى للمالك فالبايع الاصيل يربط التزامه بالتزام المالك فمع عدم الاجازة و عدم تحقق الالتزام منه لايكون العقد متحققا - وان اشترى لنفسه فالبايع وان ربط التزامه بالتزامه الا انه يربط بما انه مالك ففي الحقيقه يربط التزامه بالتزام المالك - فما لم يلتزم المالك لايكون العقد متحققا و معه لامعنى لوجوب الوفاء به (مع) - انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا صدق العقد على التزام كل منهما وان لم يكن مرتبطا بالاخر - الا ان التزام الاصيل بكون ماله لغيره ليس مطلقا بل يكون على تقدير خاص وهو التزام طرفه بكون ماله له فالالتزام فعلي الا ان الملتزم به معلق وعليه فاذا علم بعدم الاجازة اوشك فيها و اجرى استصحاب العدم لايجب عليه الوفاء بالتزامه (فما) نقله المصنف ره من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالاجازة وغيرها هو الصحيح على هذا المسلك ولايرد عليه ماافاده المصنف ره (مضافا) الى انه لو اغمض عن ذلك كله وسلم ماافاده لماكان وجه للفرق بين النقل و الكشف اذ الاجازة على النقل ح دخيل في حصول الملك لافي وجوب الوفاء كمالايخفى .

وبما ذكرناه ظهر ان ما افاده المحقق النائيني ره من وجوب الوفاء مطلقا - من جهة ان وجوب الوفاء متفرع على العقد لا الملك والمفروض في باب الفضولي ان العقد تام ولو لم يكن مؤثرا ولاينافي وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على الاخر فان التزام احدهما غير منوط بالتزام الاخر لان مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الاية الشريفة التوزيع فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه (غير تام) للايرادين الاولين الذين اوردنا هما على المصنف ره - فتحصل ان الاظهر عدم لزوم العقد على الاصيل فله فسخ العقد قبل الاجازة .

ثم ان المنسوب الى بعض الاعلام من تلامذة المصنف ره الايراد عليه بان تمسكه

بعموم(١) اوفوا بالعقود في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصداقية (ويمكن) توجيهه بانه لوسلم عموم العقد لالتزام الاصيل لكن لايجب الوفاء به لو فرضنا عدم الاجازة الى الابد اجماعا فهو خارج عن العموم فلو شك في الاجازة وعدمها يكون التمسك به تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية فلايرد عليه ماافاده المحقق الاصفهاني كمايظهر لمن راجعه.

واما الجهة الثانية فعلى القرل باللزوم لا يكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة لانه مقتضى لزوم العفد عليه و اما التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار - اما بناءا على المختار من عدم اللزوم عليه - فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي - والكشف الذي اخترناه تكون تصرفاته باجمعها جائزة تكليفا و وضعا لكونها واقعة في ملكه والمفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد - والاجازة المتاخرة حتى على الكشف الصحيح لاتوجب وقوعها في غير ملكه لورود الاعتبار عليها فتدبر وهذا الاشكال فيه - فلايبقى محل للاجازة في التصرفات المخرجة عن الملك - واما على ساير وجوه الكشف فجواز التصرف واقعا و عدمه يدوران مدار الاجازة وعدمها اذ على فرض الاجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير فلا يكون جائزا تكليفا ووضعا - وعلى فرض عدمها يجوز هذا في الحكم الواقعي - واما الظاهري فالجواز و عدمه يدوران مدار العلم بالاجازة - وعدمه - اذ على الاول لايجوز وعلى الثاني يجوز لاصالة عدمها.

واما المقام الثالث فمحل الكلام امران - الاول - النماء - الثاني - فسخ الاصيل - اما الاول - ففي المتن - فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل اليه العين وعلى النقل لمن انتقلت عنه (اقول) ماافاده يتم على النقل - لان النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه - وكذا يتم على الكشف غير الكشف الانقلابي والكشف الذي بنينا عليه - لتجدده في ملك من انتقلت اليه ولايتم على هذين المسلكين لان العين باقية على ملك من انتقلت عنه الى حين الاجازة فالنماء تجدد في ملكه والاجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية - او اعتبار الملكية السابقة وهذالايوجب انقلاب وقوع النماء - لان اعتبار

١- المائدة آية ٢

الملكية واردعلى وقوع النماء لان النماء وارد عليه فتدبر .

قوله قده وللشهيد الثانى ره فى الروضة عبارة الخ هى هذه وتظهر الفائده فى النماء فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشترى ونماء الثمن المعين للبايع و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز - وقد وجه مراده بعض - بان مفروض كلامه الفضولى من الطرفين ومراده من المالك المجيز هو الجنس - ووجه آخر حكمه بكون النمائين للمالك المجيز بان نماء ماله له لتجدده فى ملكه - ونماء المال الذى انتقل اليه انما يكون له لان صاحبه سلطه عليه - والمصنف ره استحسن التوجيه الاول فتدبر .

و اما الفسخ فقد يقال ان فسخ الاصيل قبل الاجازة مبطل له على القول بالنقل دون الكشف - واستدل له - بان الفسخ على الاول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه ملغيا لانشائه - وعلى الثانى - يكون فسخا بعد تمامية العقد من ناحيته - و اورد عليه بايرادين (احدهما) مانقله الشيخ ره عن بعض و تبعه جمع من المحشين و هوانه لادليل على جواز الرجوع عن الانشاء قبل استكمال اجزاءما هو مؤثر فى حصول النقل ، وانما الدليل وهو الاجماع مختص بالرجوع المتخلل بين اجزاء العقد التى هى الايجاب و القبول - (و فيه) انه يمكن ان يستدل له بدليل (١) السلطنة بعد فرض كونه باقيا على ملكه (ودعوى) انه تصرف فى العقد لا المال فلا يشمله دليل السلطنة (مندفعة) بان نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما انها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافى السلطنة المطلقة الثابتة للمالك (وبالجملة) مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه مادام لم يخرج عن ملكه - وهذا البيان يجرى على القول بالكشف الانقلابى والكشف المختار كما هو واضح ولا يجرى على ساير وجوه الكشف (ثانيهما) ان مقتضى عموم (٢) دليل

١ - البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث

٢ - المائدة آية ٢

وجوب الوفاء بالعقود عدم جواز رفع اليد عنه ـ قال المصنف ره ولا يخلو عن اشكال والظاهر ان منشأ اشكاله ماسيذكره بعد اسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الاجازة ـ فالحق انه على القول بشمول ادلة لزوم العقد لانشاء الاصيل ليس له فسخه وعلى القول بعدم الشمول كما اخترناه ـ فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابى والكشف المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة ـ وعلى ساير وجوه الكشف لايكون كك لعدم الموضوع لدليل السلطنة ـ وعدم الدليل على جواز الفسخ ومقتضى الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ .

ثمرات ذكرها بعض متاخرى المتاخرين

(قوله قده ثم ان بعض متاخرى المتاخرين ذكر ثمرات اخر لاباس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن ان يقال عليها منها مالو انسلخت الخ)

اقول ـ شرائط المعاملة على اقسام (الاول) شرائط معروضها المتعاملان كالحياة ـ و الاسلام فى بعض الموارد (الثانى) شرائط معروضها العوضان ـ كالملكية (الثالث) شرائط العقد ـ فالكلام يقع فى مواضع (الاول) فيما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين او تجددت بعد العقد قبل الاجازة (الثانى) فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف ونحوه او تجددت (الثالث) فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الاجازة او تجددت .

اما الموضع الاول فالكلام فيه يقع فى موردين (الاول) فى الانسلاخ ـ فقد يقال انه على الكشف يصح العقد لعدم المانع والعمومات تشمله ـ وعلى النقل لايصح لامتناع ترتب الاثر و اعترض عليه بايرادين (الاول) ما افاده صاحب الجواهر من انه على الكشف ايضا يمكن ان يقال بالبطلان نظرا الى اعتبار استمرار القابلية ـ ولم يذكر هو فى وجه هذا الاعتبار شيئا ولذا رده المصنف ره بعدم الدليل عليه و قد ذكر السيد فى وجهه ان ادلة صحة عقد الفضولى قاصرة عن الشمول لهذه الصورة (اقول)

ما افاده يتم على القول يكون صحة الفضولى على خلاف القاعدة ولايتم على القول بكونها على القاعدة كما هو المختار اذ الدليل ح هو العمومات (الثانى) ما افاده المحقق النائينى ره وهو انه على النقل ايضا يصح اذ المال ينتقل الى الوارث على نحو كان للمورث فسواء مات الاصيل اومن له الاجازة يبقى العقد على حاله (اقول) انه بناءاً على النقل يكون المال لورثة الاصيل وانتقاله منهم الى المالك المجيز يحتاج الى دليل وبقاء التزام المورث الذى هو سبب النقل ممالم يدل عليه دليل - واما على الكشف فالاجازة تكشف عن النقل فى حال حياته ولامحذور فيه - هذا فى الموت (و اما) فى الكفر فثبوت الثمرة او ضح فانه اذا فرضنا المبيع مصحفا و المشترى كان مسلما فكفر على النقل بما انه يلزم انتقال المصحف الى الكافر لايصح و على الكشف يصير مالكا له حين ماكان مسلما ولامحذور فيه.

المورد الثانى فى تجدد القابلية بعد العقد - وهذا ينحصر مورده با لكفر كما لو كان المشترى للمصحف حين العقد كافرا فاسلم و اجاز مالك المصحف بيعه فعلى الكشف لايصح لعدم قابليته للمالكية له فى ذلك الزمان - وعلى النقل من جهة الاثر اى الملكية لامانع من صحة العقد وسياتى تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف ره للمسألة بنحو الكلية وهى انه هل يعتبر واجدية العقد لجميع شروط الصحة ام لا .

الموضع الثانى فى مالو انسلخت قابلية المنقول - او تجددت فالكلام فيه ايضا يقع فى موردين (الاول) فى الانسلاخ - فقد يقال انه على الكشف يصح وعلى النقل لايصح - اذ على الكشف يكون الانتقال فى زمان قابل له و على النقل فى زمان لايكون قابلا لذلك - واورد عليه صاحب الجواهر ره بانه على الكشف ايضا يعتبر رضا المالك والفرض انتفاء مالكيته بانتفاء قابلية العين لها - واجاب عنه المصنف ره باجوبة (الاول) انه لا وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها كمالو وقعت بيوع متعددة على ماله فانهم صرحوا بان اجازة الاول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الاول مستمرا (وفيه) ان صاحب الجواهر يمكن له ان

يدعى بالفرق بين المقام و المثال اذ فى المثال عدم بقاء التملك للبدل انما يكون للتصرف وهو يؤكد القابلية ـ وهذا بخلاف المقام (و لايخفى) انجواب المصنف ره انما يكون بالنظر الى ايراده من حيث عدم استمرار تملكه للبدل لا بالنظر الى عدم استمرار ملكيته لماله لولا الاجازة ـ فايراد السيد قده عليه بانه فى المثال يكون المال باقيا على ملكه لولا الاجازة فالقياس مع الفارق ـ غير مربوط بكلام المصنف ره كما هو واضح فتدبر فانه دقيق (الثانى) فحوى خبر (١) تزويج الصغيرين فان موت احد الزوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد (وفيه) أن المفروض موت الزوج فليس هناك وطء ولا ولد بل غاية ماهناك انتقال المال بعنوان الارث فلا اولوية فتدبر (الثالث) اطلاق رواية (٢) عروة حيث لم يستفصل عن موت الشاة اوذبحه واتلافه (وفيه اولا) ماتقدم من عدم تماميته سندا (و ثانيا) ان عدم الاستفصال يمكن ان يكون لعلمه (ص) ببقاء الشاة ـ بل الحق فى الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات (و عن) المحقق النائينى ره الايراد على هذه الثمرة ـ بانه على الكشف ايضا بما انه يكون من تلف المبيع قبل القبض وهو من مال بايعه يكون العقد منفسخا (وفيه) اولا ان هذه القاعدة انما تختص بالبيع ـ وفيه ايضا يختص بالمبيع ففى الفضولى فى غير البيع وفى البيع اذا كان التالف هو الثمن لايجرى هذا الكلام ـ وثانيا ـ انه يمكن فرض القبض بان يكون المشترى عالما برضا المالك بقبض ماله فاقبضه الفضولى فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف قبل القبض فتدبر (واما) الكلام فى تجدد القابلية كما لوصار الخمر خلا فسيأتى عند تعرض المصنف ره له .

الموضع الثالث فى شرائط العقد وحيث ان المدار على ثبوتها حال الانشاء

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب ميراث الازواج حديث ١ .

٢ ـ المستدرك باب ١٨ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

خاصة بل لامعنى لبقائها بعده فلافرق بين القول بالنقل او الكشف فتدبر .

ثمرات ذكرها بعض

(قوله قده وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات وحق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات الخ) اقول يقع الكلام في مواضع .

الاول في تعلق الخيارات ـ كما اذا كان المبيع صحيحا حين العقد و صار معيبا حين الاجازة او انعكس و كذا اذا اختلف القيمة بحسب الزمانين و كذا بالنسبة الى خيار المجلس ـ وملخص القول فيه ـ ان الخيارات على قسمين (احدهما) مايكون ثابتا بدليل خاص (ثانيهما) مايكون ثابتا على القاعدة ومن باب الشرط الضمنى (اما الاول) فلابد من ملاحظة الدليل فان كان الماخوذ فيه تحقق النقل و الانتقال كان على الكشف ثابتا من حين العقد وعلى النقل من حين الاجازة ، وان كان موضوعه البيع و العقد فحيث انه يتم العقد بالاجازة فلايكون ثابتا من حين العقد على القولين ـ وان كان موضوعه انشاء البيع كان ثابتاً من حين العقد على المسلكين (واما الثانى) فالظاهر ثبوت الثمرة وانه على الكشف يكون الميزان هو لحاظ العقد وعلى النقل يكون المدار على زمان الاجازة وذلك كما في خيار الغبن اذ ثبوته انما يكون من باب الشرط الضمنى اى التساوى بين البدلين من حيث القيمة ولاريب فى ان ماعليه بناء العقلاء انما هو التساوى في زمان حصول النقل والانتقال لاقبله و لابعده كمالايخفى ـ وتمام الكلام في ذلك في مبحث الخيارات (الثانى) في حق الشفعة ـ كما اذا باع الفضولى حصة احد الشريكين ـ ثم باع الشريك الاخر حصته بنفسه ثم بعد ذلك اجاز الشريك بيع الفضولى و الحق في المقام ثبوت الثمرة اذ موضوع هذا الحق انما هو الشريك ـ فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتا للاصيل الذى باع حصته لانه حين البيع كان هو المالك وعلى النقل يكون ثابتا للمشترى من الاصيل لانه حين النقل مالك وشريك فتدبر.

الثالث في احتساب مبدأ الخيار الذى يكون موضوعه النقل و الانتقال كخيار

الحيوان فانه على النقل يكون مبدأ الاحتساب من حين الاجازة وعلى الكشف يكون المبدأ العقد ولكن فيه كلاما سياتى فى الخيارات .

الرابع فى معرفة مجلس الصرف والسلم الذى يعتبر ان يكون القبض فيه ـ فقد يقال انه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد ـ وعلى النقل يكون حال الاجازة لتمامية البيع حالها دون الاول ـ ولكن يمكن ان يقال ان الميزان هو العقد مطلقا اذ متعلق هذا الحكم هو القبض قبل التفرق اى قبل زوال الاجتماع على المعاملة ومعلوم ان الاجتماع على المعاملة انما هو حال العقد كان العاقدان اصيلين او فضوليين او احدهما فضوليا والاخر اصيلا وعلى كل حال تلك الحال هى المناط قلنا بالنقل او الكشف اذ لاربط للنقل والانتقال فيه كى يختلف على المسلكين و تمام الكلام فى محله .

الخامس فى اليمين و النذر كما لو نذر التصدق بدراهم ان كان مالكا يوم الجمعة لكذا ـ وثبوت الثمرة ح واضح لايحتاج الى بيان (ثم انه) يظهر الثمرة فى باب الخمس والزكاة ـ كما لو اشترى شيئا عن غير مالكه قبل انتهاء السنة ـ فاجاز مالكه بعده ـ اذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية وعلى الكشف يكون من الاولى ـ او اشترى زرعا قبل انعقاد الحب فاجاز مالكه بعده ـ اذ على النقل يجب الزكاة على مالكه المجيز ـ وعلى الكشف تجب على المشترى فتدبر .

التنبيه الاول من تنبيهات الاجازة

قوله قده وينبغى التنبيه على امور ـ الاول ان الخلاف فى كون الاجازة

كاشفة او ناقلة ليس الخ (ان كان) النزاع فى مفهومها اللغوى بان ادعى جمع ان الاجازة بمعنى الانفاذ ومقتضاه نفوذ العقد من حينه ـ وادعى آخرون انها بمعنى الرضا بمضمون العقد ومقتضاه حصول النقل من حينها ـ كان لازم الاجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد وعدم صحته لانه ح لم يقصد معنى الاجازة وقصد شيئا آخر (وان كان) فى معنى

الاجازة اطلاقا او انصرافا. بان ادعي جمع ان اطلاقها او انصرافها يقتضي احد الامرين كان اللازم صحة العقد على نحو ما قصد اذ اقتضاء اطلاق الاجازة او انصرافه شيئا كاقتضاء اطلاق العقد شيئا الاينافى تقييدها بما ينافى مقتضى ارسالها او انصرافها (وان كان) النزاع فى حكمها الشرعى بحسب ملاحظة الادلة - فان قصد الالتزام بمضمون العقد من حين الاجازة على القول بالكشف اوقصد الالتزام به من حين العقد على القول بالنقل فهل تصح ام لا - لا اشكال فى عدم صحتها على نحو ما قصد اذ اقتضائها لاحد الامرين حسب الفرض انما يكون بحسب الجعل الشرعى وعليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد لان قصد المكلف لايغير الحكم الشرعى .

انما الكلام فى صحتها وعدم افتقار العقد الى اجازة اخرى على طبق ما اعتقده المجيز من احد القولين (و ملخص) القول فيها - انه تارة يجيز العقد على ما هو عليه ولكن يعتقد ان الحكم الشرعى هو الكشف . بحيث يكون الداعى والمحرك له هو هذا الاعتقاد و لولاه لما كان يجيز - و كان فى الواقع هو النقل - او بالعكس لا اشكال فى الصحة فى هذا الفرض لانه من باب تخلف الداعى

واخرى يجيز بهذا النحو - وهو على قسمين (الاول) يجيز العقد ويشترط النقل من حين الاجازة على القول بالكشف - ومن حين العقد على القول بالنقل (الثانى) ان يجيز العقد هكذا لانه يجيزه على ماهو عليه ويشترط ذلك (اما فى الاول) فالصحة والفساد مبنيان على ان الشرط الفاسد هل يكون مفسدا ام لا - فعلى الاول تبطل وعلى الثانى تصح (واما فى الثانى) فقد يتوهم الصحة من جهة ان المجاز مضمون العقد لاحكمه والمفروض اجازته و يكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما رتب عليه شرعا لغوا لا اثر له و يكون نظير مالو تزوج و قصد عدم الانفاق عليه فانه تتحقق الزوجية ويترتب عليها وجوب الانفاق (لكنه فاسد) فان حكم العقد ان كان غير ما هو مضمونه كما في المثال تم ما ذكر فان مضمون العقد لايختلف من ناحية حكمه فقصد ترتب حكم آخر يكون لغوا - وان كان من انحاء تعين مضمون العقد كما

في المقام - لامحالة يكون قصد الخلاف موجبا لعدم تحققه - فالاظهر هو البطلان فان مايمكن تحققه لم يقصد ولم ينشأ وما انشأ وقصد لايمكن ان يتحقق فتدبر-

التنبيه الثاني

قوله قده الثاني انه يشترط في الاجازة ان تكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة الخ اقول تنقيح القول في المقام يقتضي التكلم في جهات (الاولى) في انه هل يكفي في الاجازة مجرد الرضا الباطني ام لا (الثانية) في انه على فرض عدم الكفاية - هل يكفي الانشاء القلبي كما عن المحقق الخراساني ره ام لا (الثالثة) في انه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفي الفعل ام يعتبر القول (الرابعة) في انه على فرض اعتبار القول هل يكفي الكناية ام يعتبر ان يكون على وجه الصراحة (اما الاولى) فقد استدل المصنف ره على كفاية الرضا الباطني بوجوه

الاول العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها عدا ما دل على (١) اعتبار رضا المالك في حل ماله وانتقاله الى الغير ورفع سلطنته عنه - و اورد عليه جمع من المحققين بان العمومات انما تدل على وجوب وفاء كل مكلف بعقده وعقد الفضولي لايكون عقد اللمالك بمجرد رضاه بل يحتاج الى انشاء الاجازة - ولكن قد عرفت في اول مبحث الفضولي ان الاستناد المعتبر انما هو الاستناد بمعنى انه عقده وبيعه وهذا المعنى كما يتحقق بالامضاء والانفاذ و اظهار الرضا يتحقق بالرضا به فراجع ما ذكرناه (الثاني) ماورد (٢) في عدة من الاخبار من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه عليه والجواب عن ذلك بان السكوت في امثال المقام امضاء عرفي قد تقدم ما فيه (نعم) الايراد عليه بان في نكاح العبد خصوصية حيث ان العقد لنفسه وانما المفقود اذن المولى ورضاه فيكفي مجرد الرضا بخلاف ساير اقسام عقد الفضولي (تام) وبذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث وهو

---

١ - سورة النساء آية ٢٩ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلي حديث ١-٣

٢ - الوسائل باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

مادل (١) على ان قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح فيصير اجازة- ومادل (٢) على ان المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد التى ترتفع بالرضا (الرابع) ما دل (٣) على ان التصرف من ذى الخيار رضا منه (وفيه) ان ذلك قابل للحمل على التعبد - اوعلى انهذا الفعل كاشف عن الرضا واسقاط الحق و على كل حال يكون اجنبيا عن المقام ـ فالعمدة هى العمومات

واما الجهة الثانية فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطنى ـ الاظهر ماعن المحقق الخراسانى ره من كفاية الانشاء القلبى اذبه يحصل الاستناد والانتساب - ومادل على ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود والايقاعات انماهو فى المؤثر وهو العقد دون الشروط ولاريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت

واما الجهة الثالثة فالاظهر كفاية الفعل فى الانشاء ـ اذلو سلم انه يتوقف الاستناد على الانشاء وابرازه - لادليل على اعتبار اللفظ فيه (ودعوى) ان الاستقراء فى النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضى اعتبار اللفظ والاجازة منها ـ (مندفعة) بانه فى تلك النواقل ايضا بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطاة .

واما الجهة الرابعة ـ فلو اغمضنا عن جميع ذلك فالاظهر كفاية الكناية ولا يعتبر ان يكون باللفظ الصريح (ودعوى) ان انشاء اللازم وايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزوم عرفا وكون الملزوم مقصودا وداعيا من ايجاد اللازم لا اثر له لان الدواعى لا اثر لها فى باب المعاملات ـ التى استند اليها المحقق النائينى ره فى عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت ما فيها ـ فى مبحث خصوصيات الفاظ العقد - فراجع ماذكرناه هناك فتدبر

---

١ - الوسائل ـ باب ٢٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

٢ - الوسائل ـ باب ٢٤ ـ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١-٢

٣ـ الوسائل ـ باب ٤ من ابواب الخيار

التنبيه الثالث

(قوله قده الثالث من شروط الاجازة ان لايسبقها الرد الخ)

وقد استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه (الاول) الاجماع (و فيه اولا) ان الاجماع المنقول سيما مع معلومية مدرك المجمعين ليس بحجة (وثانيا) انه لاوجه لدعواه بعد افتاء جمع من الفقهاء ببطلان عقد الفضولي رأسا (الثاني) ان الاجازة انما تجعل المجيز احد طرفي العقد و بها يصير مكلفا بوجوب الوفاء بالعقد - فالرد المتخلل بينها و بين العقد الصادر من الاصيل والفضولي يكون ردا متخللا بين اجزاء العقد - وقد تقرر في محله انه يعتبر ان لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد (و فيه اولا) ان ماهو المسلم في تلك المسألة انما هو مضرية رد من صدر منه الالتزام والتعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه كما لورد الموجب بعد الايجاب قبل قبول القابل - واما لورد صاحبه ذلك كما لورد القابل قبل ان يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلما بينهم - والمقام من قبيل الثاني لا الاول فان المجيز انما يرد قبل ان يصدر الالتزام منه و الملتزم انما هو غيره كما هو واضح (و ثانيا)انه فرق بين الرد المتخلل بين الايجاب و القبول - والرد المتخلل بين العقد و الاجازة و بعبارة اخرى ليست الاجازة في جميع الاحكام كالقبول او الايجاب ولذا ترى ان الفصل الطويل بين الايجاب و القبول يضر - والفصل بينهما وبين الاجازة لايضر كما هو واضح (الثالث) ان مقتضى مادل(١) على سلطنة الناس على اموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الاخر عن ملكه فلايبقى مايلحقه الاجازة (و فيه) ان العلاقة المتصورة بالاضافة الى المال لاتخلو من الملكية و الحقيقة - وشيء منهما لا يكون في المقام - اما الاولى فواضح و اما الثانية فلان العقد قبل الاجازة لايوجب كون الاصيل ذى حق و لذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي (و بالجملة) لايحدث بواسطة عقد الفضولي ادنى مرتبة

١ - البحار ٢ - ص٢٧٢ الطبع الحديث .

من الملك والحق ـ وعليه ـ فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة (و ما) افاده المحقق النائينى ره من انه و ان لم تحصل العلاقة شرعا لكنها تحصل له عرفا فالرد يبطل هذه العلقة (فيه) ان العلقة التى عرفت انها اما الملكية او الحقية لاتحصل و لو عرفا واجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين (احدهما) ان قاعدة السلطنة متعارضة لان مقتضاها جواز ان يجيز بعد الرد لانه مقتضى سلطنته على ماله (وفيه) انه بعد تسليم تاثير الرد فى حل العقد لايبقى موضوع للاجازة كى توثر فيه (ثانيهما) انه قدمر من المصنف ره ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع و الهبة و نحوهما لاجميع ما اراده المالك اذ ليست مشرعة ـ فلا تصلح لاثبات مؤثرية الرد فى حل العقد (و فيه) انه لوسلم حصول العلقة للاصيل بالاضافة الى المال لااشكال فى صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها فان ذلك من مصاديق تسلط الانسان على رفع مزاحمة الغير ولايحتاج الى دليل آخر فتدبر فالصحيح ماذكرناه ـ فالاظهر صحة الاجازة بعد الرد .

(قوله قده نعم الصحيحة (١) الواردة فى بيع الوليدة ظاهرة فى صحة الاجازة بعد الرد الخ) وقد تقدم فى اول هذا البحث عند ذكر ادلة صحة عقد الفضولى التى منها هذه الصحيحة انه لاظهور لها فى ذلك بل هى تلائم مع عدم الرد فراجع فانه ليس فيها سوى اخذ المبيع و هو يمكن ان يكون استحصالا للثمن لالغرض رد البيع ـ والظاهر انه الى ذلك نظر المصنف ره حيث قال اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلى كاخذ المبيع الخ .

التنبيه الرابع

قوله قده الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله فموضوعها المالك الخ) اقول ما ذكره ره ـ الذى حاصله ـ ان ثبوت الاجازة للمالك و

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١ .

تاثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط كحق الخيار بل هو من قبيل الحكم الشرعى-تام - لانالاجازة من التصرفات التى ثبت جوازها المالك وهو من الاحكام الشرعية - ويترتب على ذلك انه لاتورث الاجازة لعدم كونها مما تركه الميت - نعم - لمن انتقل اليه المال اجازة ابيع الفضولى بناءاً على جواز المغايرة بين المالك حال العقد و المالك حال الاجازة الاان ما ذكره من انها من آثار سلطنة المالك لايخلو عن مسامحة - فانها من اثار الملك و اما السلطنة التى هى عبارة عن القدرة على التصرفات فهى متقومة بجواز التصرفات لانهمن آثارها .

(قوله قده و الفرق بين ارث الاجازة وارث المال يظهر الخ)

اقول يظهر الفرق فى موارد (منها) ما اذاكان المبيع ممايحرم منه الزوجة كالعقار على اشهرالقولين فانه على القول بارث الاجازة ترثها الزوجة و على القول بالعدم لاترث وليس لها الاجازة والمفروض عدم كونها مالكة للمبيع فلاحق لهافيه (ومنها) انه على القول بانها مما ترثه الورثة - يأتى فيها النزاع الموجود فى حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة - منانههل يرث كلمن الورثة الاجازةفىمقدار ماله من العين - اويرث كل منهمالاجازة فى تمام العين بنحو العام الاستغراقى بمعنى نفوذ اجازة كل واحد منهم - او يرث المجموع الاجازة بمعنى انها شيء واحد يرثه الجميع فلابد فىالصحة من امضاء الجميع (و منها) مالوا وصىبمال معين للفقراء مثلا بنحو يكونملكالهم بالموت ثم وقع عقد الفضولى علىهذاالمالومات المالك قبل الاجازة فعلى القول بارث الاجازة ينتقل هذاالحق فلهم الاجازةبخلافهعلىالقول بالعدمفتامل .

التنبيه الخامس

(قوله قدهاجازة البيعليست اجازةلقبض الثمن ولاالاقباض المبيعالخ)

اقول الكلام فىهذا التنبيه يقع فىجهات(الاولى) فىقابلية القبض والاقباض

للاجازة و عدمها و فيه وجوه و اقوال (ثالثها) مافى المتن و هو جريان الفضولية فى قبض الثمن المعين دون الكلى (رابعها) عكس ذلك اختاره السيد ره .

وقد استدل لعدم الجريان مطقا ـ بوجهين (الاول) ان حقيقة الاجازة انفاذ الشيء ولا مورد للنفوذ الا التصرفات المعاملية فالافعال و الاقوال الاخر لاتكون موردا لها ومنها القبض والاقباض (وفيه) ان حقيقة الاجازة اظهار الرضا بماوقع وهى توجب انتسابه الى المجيز وهذا لافرق فيه بين المعاملات وغيرها (الثانى) مانسب الى المحقق الخراسانى واوضحه المحقق الاصفهانى ره ـ وهو ان الاجازة لابدوان تتعلق بماله بقاء واستمرار كالامور الاعتبارية الانتزاعية من اسباب خاصة ـ واما الافعال الخارجية فليس لهابقاء كى تنتسب بالاجازة الى المالك وهى لاتصلح لان توجب انتسابها فى زمانها الى المجيز لعدم معقولية الانتساب مع عدم مابه الانتساب وصيرورتها منتسبة من حين الاجازة بعدما لم تكن كك يستلزم انقلاب الشيء عماوقع عليه (وفيه) ان الاجازة كماعرفت عبارة عن اظهار الرضا بماصدر والرضا كمايتعلق بالامر الاعتبارى كك يتعلق بالفعل الخارجى ـ وكمايتعلق بالامر المقارن والمتاخر كك يتعلق بالامر المتقدم وهى توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضيا به من حين الاجازة وهذا غير انقلاب الشيء عماوقع عليه (مع) ان المراد بالقبض ليس هو الاكون الشيء تحت الاستيلاء والسلطنة وهذا امر له بقاء واستمرار ـ فظهر بماذكرناه مدرك القول الثانى .

ثم ان المصنف ره افاد فى وجه مااختاره واوضحه ـ بان قبض الثمن الشخصى قابل للاجازة من جهة ان مرجع اجازته الى اسقاط ضمان الثمن عن المشترى ـ ففى الحقيقة لايكون القبض عنده قابلا للاجازة ـ وانماتكون الاجازة والرضا به رضا باثره وهو اسقاط الضمان ـ وكك الاقباض فان مرجع اجازته الى حصول المبيع فى يد المشترى برضا البايع ـ واماقبض الثمن الكلى وتشخصه به فهو لايكون قابلا للاجازة فانه حيث لم يتعين الكلى فى المقبوض بيد الفضولى فليس هناك ضمان المعاوضة على المشترى بل الثمن باق على كليته ـ والمفروض ان القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الاجازة به

فلاوجه لجريان الفضولية فيه و تصحيحه بالاجازة (وفيه) مضافا الى ماعرفت من ضعف المبنى يرد على ما افاده فى قبض الثمن الشخصى - ان ضمان المشترى للثمن قبل القبض انما يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة و هو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقا لياكي يكون قابلا للاسقاط - وماافاده المحقق النائينى ره من ان ذلك انما يكون من جهة الشرط الضمنى اذ كل من البايع والمشترى يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن او المثمن وليس مقصود هم مجرد التبديل - لوتم وان لزم منه كون ذلك من الحقوق الا انه لايتم فان لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كماهو ظاهر الخبر (١) .

و استدل السيد لماذهب اليه بان الفضولية انما تجرى فى التصرفات المعاملية لافى الافعال الخارجية - والقبض فى المعين من الافعال الخارجية وفى الكلى من التصرفات المعاملية فان ذلك يكون من باب الوفاء وهو فى اللب مبادلة بين الكلى والفرد المتشخص - وقدعرفت مافيه - فالاظهر قابليتهما للاجازة .

الجهة الثانية انه هل يأتى فى القبض نزاع الكشف والنقل - املا - و جهان اظهرهما الثانى - لان ذلك النزاع فى العقد انمايكون من جهة ان وراء العقد شىء وهو الملكية ويمكن البناء على تحققها من الاول وهذا بخلاف القبض اذليس ورائه شىء فالقبض كالعقد نفسه فكما انه يصير عقد المالك من حين الاجازة على المسلكين كك القبض فآثار قبض المالك تترتب عليه من حين الاجازة - فلوتلف بعدها لايكون من تلف المبيع قبل القبض - فلا يكون البايع ضامنا بخلاف مالو كان تالفاقبلها فانه ح لاموضوع للاجازة اذ بالتلف ينفسخ العقد فلايكون شىء باقيا كى يلحقه الاجازة.

الجهة الثالثة لو كان اجازة العقد دون القبض لغوا كمافى الصرف والسلم بعد قبض الفضولى و التفرق - ففى المتن - كان اجازة العقد اجازة للقبض صونا للاجازة عن اللغوية - واورد عليه بايرادات .

الاول ماعن جمع من المحشين منهم السيدره - وهو ان ذلك اى الذى ذكره راجع

١- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار

الى مقام الاثبات و ثبوت الدلالة على اجازة القبض و هذا انما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت و قابلية القبض للفضولية وان يصح بالاجازة - والمصنف ره يرى عدم قابليته لها فى الكلى (وفيه اولا) ان المصنف لم يلتزم بعدم قابليته لها وانما لم يقم عنده دليل على صحة القبض بنفسه بالاجازة وعليه فالدليل الدال على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض يكفى فى صحة مثل هذا القبض بالاجازة بخلاف القبض الذى لاتكون صحة العقد منوطة به (و ثانيا) ان عدم قابلية القبض للاجازة - اما ان يكون من جهة انه لايكون من التصرفات المعاملية كما افاده السيد قده او يكون من جهة عدم قابليته للانتساب الى المجيز كما عن المحقق الخراسانى ره وشىء منهما لامورد له فى هذا القبض اما الاول فلانه دخيل فى صحة العقد وفى ترتب الآثار الوضعية و الامر الاعتبارى فهو من التصرفات المعاملية واما الثانى فلعدم اعتبار الانتساب فيه اذ الشرط انما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة فاذا صحت المعاملة بالاجازة كفى قبض الفضولى فى الصحة ولايخفى ان مرجع هذا الى عدم الاحتياج الى اجازة القبض و ان الاجازة محققة لموضوع القبض لاموجبة لصحته ونفوذه.

الايراد الثانى ان اجازة القبض انما توجب انتساب القبض الى المجيز من حين الاجازة بعد التفرق وهو لايكفي فى صحة المعاملة فان الشرط هو القبض قبل التفرق والجواب عنه - هو الجواب الثانى عن الايراد الاول .

الايراد الثالث ما افاده جمع منهم السيد والمحقق النائينى ره - وهو انه انما يتم اذا كان المجيز عالما بان البيع بدون القبض باطل والافلا يحمل على كونه اجازة للقبض (وفيه) انه اذا كان بصدد اجازة العقد بجميع مايتوقف صحة العقد عليه كفى فى كونه اجازة له (مضافا) الى ماعرفت من كفاية اجازة العقد فى صحة القبض فراجع (فتحصل) ان الاظهر الاكتفاء باجازة العقد فى مثل هذه العقود المتوقفة صحتها على القبض .

الجهة الرابعة لو قال اجزت العقد دون القبض - ففى المتن ففى بطلان العقد

او بطلان رد القبض وجهان (اقول) الحق ان يقال بناءاً على ان العبرة بقبض المتبايعين وانه لا يلزم انتسابه الى المالكين يتعين البناء على الصحة لفرض اجازة العقد وعدم كون قبضه موضوع الاثر كي يلزم اجازته ويضرره. واما بناءاً على لزوم اجازة القبض فالظاهر ان اجازة العقد اجازة للقبض للغوية اجازته دونه. ورد القبض رد للعقد اذ لا ينفك الشرط عن المشروط - وعليه فاذا تقدمت الاجازة لغى الرد لكونه ردا بعد الاجازة. واذا تقدم الرد لم يفد الاجازة بناءا على اعتبار ان لا تكون مسبوقة بالرد - والا صحت فتدبر .

التنبيه السادس

قوله قده السادس الاجازة ليست على الفور الخ اقول لا اشكال في ان الاجازة ليست على الفور لاطلاق الادلة - وصحيح (١) محمد بن قيس المتقدم - و عليه - فلو لم يجز المالك ولا رد - فهل يتعين اجبار المالك باحد الامرين - كما اختاره السيد قده - ام يتعين ثبوت الخيار كما ذهب اليه جمع - ام يثبت الامران بنحو التخيير كما اختاره المصنف ره وجوه (وليعلم) ان محل الكلام انما هو فيما اذا لم يجز للاصيل التصرف فيما انتقل عنه وفيما انتقل اليه - واما اذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه اما لعدم لزوم لعقد عليه - او لجوازه حتى بناء على لزوم العقد لا مورد لشيء من هذه الوجوه اذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الاجازة والرد - وايضا الظاهر ان محل الكلام ما لو لم يكن الاصيل عالما بكون طرفه فضوليا - او كان مطمئنا بانه يجيز المالك او يرد - واما اذا كان عالما به ولم يكن مطمئنا بشيء منهما - فمن حيث انه مقدم على الضرر لا يجري شيء من الوجوه فتدبر - وكيف كان فالاظهر من تلك الوجوه هو الثاني - اذ الاجبار - انما يكون لاحد امرين اما الامتناع عن الحق من جهة ان السلطان ولي الممتنع - او للامتناع عن امتثال التكليف اللزومي من جهة لزوم (٢) الامر بالمعروف و النهي عن

---

١ - الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

٢ - الوسائل - باب ١ - من ابواب الامر و النهي وما يناسبهما وغيره من الابواب

المنکر ـ و لادلیل علیه فی غیر الموردین و من الواضح ـ ان عقد الفضولی لایوجب حدوث حق للاصیل علی المالك کماتقدم ولاوجوب الاجازة اوالرد علیه ـ فالاجبار لامورد له ـ و قاعدة (١) نفی الضرر لا تصلح لاثبات جوازه ـ لکونها نافیة للحکم لا مثبتة ـ فهی توجب نفی لزوم العقد علی الاصیل فالمتعین هو ثبوت الخیار للاصیل فتدبر

التنبیه السابع

(قوله قده السابع هل یعتبر فی صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما اوخصوصا الخ) اقول یقع الکلام فی مقامین (الاول) فی عدم المطابقة من حیث الجزء بان یکون الشیء المحذوف او المضاف جزء (الثانی) فی عدم المطابقة من حیث الشرط واما فی صورة الاختلاف من حیث المباینة کمالو وقع العقد علی فرس فاجاز فی الحمار فلااشکال فی عدم الصحة .

اما المقام الاول فالکلام فیه یقع فی موردین (الاول) فیما اذا کان محذوفا ـ و ملخص القول فیه ـ ان المعقود علیه ان کان مرکبا من اجزاء یکون کل جزء منه موضوعا مستقلا بنظر اهل العرف فی البیع والشراء ـ بنحو لایرون المعاملة علی المجموع الامعاملة علی کل واحد مستقلا ـ کمالو عقد علی عشرة (جبنة) فاجاز بیع بعضها ـ لاینبغی التامل فی الصحة لان المجاز مما عقد علیه ولاسبیل الی اجراء خیار تبعض الصفقة هنا لان مورده ما اذا کان بیع کل جزء مشروطا بانضمام الجزء الاخر ضمنا و ارتکازا کی یوجب التبعض تخلف الشرط فیثبت خیاره لعدم الدلیل علیه بالخصوص ـ وان لم یکن کل جزء موضوعا مستقلا کما اذا وقع العقد علی حیوان خاص فاجاز نصفه ـ فعن المحقق النائینی صحة المجاز (مستدلا) بان حکم الاجازة حکم البیع ابتداء فکما یجوز للمالك بیع بعض ماله ابتداء فکك یجوز له اجازة بعضه (وفیه) ان الفرق بین الاجازة والبیع واضح فان

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١٧ ـ من ابواب الخیار ـ حدیث ٣ ـ ٤ ـ ٥ ـ

الاجازة انماتحتاج الى عقد واقع والتزام معاملى قبلها بخلاف البيع وعليه فان كان الالتزام العقدى منحلا الى التزامات عديدة حسب تعدداجزاء المبيع صح البيع فيما اجيز لكون المجاز معقودا عليه والافلا - فالميزان هوذلك (وبه يظهر) انقياس المقام بمسألة التبعيض فى باب الخيارات كماعن السيد فى غيرمحله (ولكن) الظاهر هو الانحلال فى جميع الموارد غاية الامر الى التزامات ضمنية لااستقلالية (وعليه) فيصح البيع فيمااجيز - نعم -يثبت للاصيل خيار تبعض الصفقة .

المورد الثانى ما اذاكان الجزء مضافاً والضابطة فيه - انه ان انحلت الاجازة الى اجازات متعددة والتزامات عديدة - فيكون احد الالتزامين متعلقا بالعقد والاخر بالزايد صح العقد المجاز لكونه عقدا اجيز - والافلا - فان المجاز ح غير معقود عليه وماعقد عليه لم يتعلق به الاجازة - والظاهر هو الانحلال فى جميع الموارد الااذاكانت من قبيل اجازة الحصة الخاصة كان يجيز العقد الواقع على المجموع خاصة بهذا القيد فانه ح ماتعلقت الاجازة به لايكون معقودا عليه كمالايخفى .

واما المقام الثانى فالكلام فيه تارة فى الشرط المحذوف - واخرى فى المضاف

اما الجهة الاولى فلا ينبغى الاشكال فى الصحة بناء على ما هو الثابت فى محله من ان الشرط انما هو التزام في التزام لان الالتزام العقدى معلق عليه بحيث لا التزام بدونه فان الاجازة ح تكون متعلقة بالالتزام العقدى فما افاده المصنف ره فى وجه عدم الصحة من عدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط - ضعيف لما عرفت من ان الشرط التزام مستقل فى ضمن الالتزام العقدى - واضعف منه - تفصيله ره بين الشرط والجزء بالالتزام بالتبعيض من حيث الجزء دون الشرط - لماعرفت من ان قبول العقد للتبعيض من حيث الشرط اولى من قبوله التبعيض من حيث الجزء - مضافا - الى ان كل جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه (وهل) يثبت الخيار للاصيل ام لا وجهان والحق ان يقال ان الشرط ان كان للمالك على الاصيل كما لو وقع الفضولى العقد مع اشتراط ان يخيط الاصيل ثوب المالك فاجاز المالك العقد بدون الشرط - فلاخيار له لان مرجع ذلك الى اسقاط المالك حقه ولا اشكال فى ذلك - وكك ان كان للاصيل

على المالك مع رضا الاصيل بذلك بعد الاجازة ـ واما ان كان للاصيل على المالك ولم يرض الاصيل بذلك فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له وهو واضح .

و اما الجهة الثانية فالشرط المضاف لايجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائى ـ و كون الاجازة بمنزلة الايجاب او القبول ـ لايوجب اسراء احكامهما اليها مضافا الى ان الشرط المذكور فى ضمن احدهما وحده لايفيد واما المشروط فان كانت الاجازة مع الشرط التزاما بالعقد منضما الى الالتزام الشرطى صح ـ لكون العقد مجازا وضم اللغو اليها لايمنع عن تأثيرها فى صحة العقد ـ وان كانت التزاما واحدا متعلقا بالمشروط لم يصح ـ والظاهر هو الاول لان الواقع انما هو العقد المجرد و المجيز يريد ضم الشرط اليه ـ فلامحالة يجيز المالك ذالك الواقع بضم الشرط اليه فالتقييد انما يكون للاجازة بالشرط (و حيث) ان الشرط كما تقدم انما يكون هو الالتزام فى ضمن الالتزام وفى المقام يكون هو الالتزام المقرون بالاجازة فلغويته لاتلازم لغوية الاجازة ـ فمافى المتن من تقوية البطلان فى غير محله .

اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الاجازة

قوله قده واما القول فى المجيز - الاول يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف الخ) اقول الوجه فى ذلك واضح فان الاجازة تصرف معاملى فى المال فاذا كان المجيز غير جائز التصرف لم يجز له ذلك من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف اذ على الكشف انما يكون الاثر من قبل و الا فالاجازة هى التى توثر فى ذلك (و دعوى) انه على القول بان المؤثر فى النقل ليس هو وجود الاجازة بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان العقب ـ يشكل اعتبار ما عداما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفا ماليا (مندفعة) بانه على هذا المسلك ايضا لا يكون التعقب بمطلق الاجازة شرطا بل الشرط هو التعقب بالاجازة المستجمعة لساير شرائط تاثير العقد لانه المتيقن من نفوذ عقد الفضولى

الملحوق بالاجازة .

(قوله قده ولو اجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض الخ)

ربما يورد عليه ـ بان منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تاثيرها فلو كان عقد الصرف فى حال الصحة و كان القبض فى حال المرض لايكون هذه المعاملة من المنجزات والاجازة شرط لتاثير عقد الفضولى فلايضر وقوعها فى حال المرض و لا يوجب دخولها فى المنجزات (و لكن يدفعه) ان للاجازة حيثيتين (احداهما) حيثية الرضا (الثانية) حيثية الانتساب الى المالك ـ و هى من الحيثية الثانية بنفسها تصرف معاملى وموجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك فالحق ان الاجازة فى حال المرض من المنجزات لا من قبيل شرائط تاثير العقد .

عدم اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال

(قوله قده الثانى هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد الخ) اقول مايحتمل ان يكون محل الكلام بين الاعلام فى بادى النظر امور (احدها) انه هل يعتبره وجود ذات المجيز حين العقد ام لايعتبر ذلك ـ و الى هذا نظر البيضاوى فى ايراده على العلامة ره بانه لايتم على مذهب الخاصة من وجود الامام (ع) فى كل عصر ـ ولكن يمكن دفع ايراده ـ اولا ـ با لنقض بانه لايتم على مذهبهم ايضا من وجود خليفة المسلمين فى كل عصر ـ و ثانيا ـ انه فى نكاح الصغار يكون الولى منحصرا ـ بالاب والجد و الوصى على خلاف فيه ـ هكذا قيل (ثانيها) انه هل يعتبر ان يكون مجيز فعلى حين العقد بان يكون متمكنا من الاجازة ام لا يعتبر (ثالثها) انه هل يعتبر ان يكون المجيز جائز التصرف حين العقد شرعاً ام لا يعتبر ذلك ـ فلو فرضنا ان بيع مال الصغير لم يكن فيه مصلحة حين البيع ثم حدثت المصلحة فيه بعد هل للولى ان يجيزه من جهة انه وان لم يكن الصرف جائز اله حين البيع لعدم المصلحة الا انه يجوز له حين الاجازة ـ ام لا (والظاهر) ان محل النزاع هو الاخير دون الاولين

-اما الثانى - منهما فلوضوح عدم اعتبار مجيز فعلى - و لذا لو كان المالك نائما او غائبا لم يتوهم من القائلين بصحة الفضولى فساده وعدم جواز الأجازة بعد الحضور واليقظة - واما الاول - فلعدم ملائمته مع ما مثلوا له ببيع مال اليتيم فمورد النزاع هو الثالث وكيف كان فقد استدل لاعتباره بوجهين .

الاول ان صحة العقد و الحال هذه ممتنعة فاذا امتنعت فى زمان امتنعت دائما و قد ذكروا فى توضيح هذا الوجه امرين (احدهما) ما افاده المحقق الايروانى ره - وهو ان بناء هذا على امرين -احدهما - القول بالكشف فى الاجازة - الثانى ان العام اذا خصص بخروج فرد منه فى زمان لم يرجع اليه فى ذلك الفرد فيما عدى ذلك الزمان فيقال ح ان العقد اذا لم يكن له من يصح باجازته حال العقد امتنع دخوله تحت خطاب اوفوا فاذا امتنع شمول اوفوا له فى هذه الحال لم يؤثر من مبدأ وقوعه فاذا لم يؤثر من مبدأ وقوعه لم يؤثر ابدا لان الفرد اذا خرج عن العام فى زمان خرج عنه رأسا و لم يرجع اليه ثانيا بعد خروجه عنه اولا (و فيه) ان الكبرى الكلية المشار اليها انما هو فيما اذا خرج فرد عن تحت العام فى الاثناء لا فيما اذا خرج عنه من الاول - كما فى المقام وتمام الكلام فى محله (الثانى) ما افاده المحقق الاصفهانى ره (وحاصله) ان عقد الفضولى انما يفترق عن العقود الفاسدة بكونه قابلا للتاثير بالاجازة فلابد وان يكون جامعا لجميع مراتب الامكان الاستعدادى بحيث لا يستند عدم فعلية التاثير الا الى عدم الاجازة - فاذا لم يمكن الاجازة حال العقد يكون العقد غير واجد لجميع مراتب الامكان الاستعدادى لان منها الامكان من ناحية امكان الاجازة فاذا امتنعت الأجازة فعلا امتنعت الصحة التاهلية فعلا - واذ امتنعت الصحة التاهلية فى زمان امتنعت دائما - لان ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان هى الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية لا الصحة التاهلية (وفيه) ان المراد من الامتناع ان كان هو الامتناع الذاتى فالصغرى ممنوعة - و ان كان المراد الامتناع العرضى اي الامتناع لعدم وجود جميع اجزاء المؤثر - فالكبرى ممنوعة فان الامتناع ح يدور مدار فقد

بعض مايعتبر فيه ـ وان شئت قلت ان عقد الفضولى الذى يمتنع اجازته حين العقد ويمكن ذلك فيما بعد يكون صحيحا بالصحة التاهلية لانه يمكن تاثيره فيما بعد بلحوق الاجازة وليس معنى الصحة التاهلية الاذلك .

الوجه الثانى لزوم الضرر على المشترى لامتناع تصرفه فى العين لامكان عدم الاجازة (هذا على الكشف) ولعدم تحقق المقتضى (هذا على النقل) ولافى الثمن لامكان تحقق الاجازة فيكون قدخرج عن ملكه ـ (وفيه) مضافا الى النقض بجميع موارد عقد الفضولى كما تقدم تقريبه فى التنبيه السادس من تنبيهات الاجازة والجواب عنه هوماذكرناه فى ذلك التنبيه ـ وهو تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الاصيل ـ فالحق عدم اعتبار هذا الشرط .

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد

(قوله قده الثالث لايشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد سواء كان عدم التصرف الخ) اقول قبل الشروع فى المطلب ينبغى تقديم امور .

الاول انه بناء على كون البحث فى الامر السابق فى اعتبار وجود المجيز ـ الفرق بينه وبين هذا واضح ـ واما بناء على كون البحث فيه فى انه هل يعتبر وجود مجيز جائز التصرف شرعا حين العقد املا ـ فالفرق بين الامرين ـ ان البحث هناك كان فى اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حين العقد وعدمه ـ وفى المقام فى انه هل يعتبر كون المجيز الفعلى نافذ التصرف حال العقد املا وبعبارة اخرى انه لوفرضنا اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حال العقد وكان موجوداحينه و لم يجز و كان المجيز الفعلى غيره كمالو بيع مال الصغير مع وجود المصلحة واهمل الولى ولم يجز حتى بلغ فاجاز نفسه فان المجيز الفعلى لايكون نافذ التصرف حين العقد وان كان مجيز نافذ التصرف موجوداحينه هل يكفى ذلك املا .

الثانى انه ربما يورد على المصنف ره حيث جعل الصغر والسفه والجنون

من باب عدم المقتضى - مع انها اما موانع اوان البلوغ والرشد والعقل شرائط التاثير فان المقتضى للسلطنة على التصرف فى المال اضافته الى المتصرف او اذن من له الاضافة فهذه الامور اجنبية عن المقتضى (ولكن) يمكن دفعه - بان نظره الشريف - الى ان عدم نفوذ التصرف تارة يكون لقصور من ناحية المتصرف واخرى يكون من جهة سلطنة الغير ايضا على المال وعبر عن الاول بعدم المقتضى وعن الثانى بوجود المانع - وعليه فيصح ان يقال ان عدم المقتضى اما لعدم الملك او لجنون المالك اوسفاهته او صغره - و به يظهر الفرق بين هذه الامور وبين حق الرهن المتعلق بالمال .

الثالث - ان السيد ره وغيره اوردوا على المصنف ره فى جعله المسألة الثالثة وهى مالو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه كك من مسائل هذا العنوان مع انها اجنبية عنه (ويمكن دفعه) بان المراد من عدم الجواز فى العنوان عدم الجواز الفعلى لاعدم الجواز الواقعى - فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعا كما فى الاولى والثانية واخرى لايكون جائز التصرف فعلا كما فى الثالثة .

الرابع ان المصنف ره جعل المسألة الاولى اعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن اولعدم المقتضى بالتفسير الثانى - من جهة وحدة ملاك البحث - كما ان جعله المسألة الثانية وهى عدم الملك حال العقد مسألتين لتعدد الجهة من حيث الاجازة وعدمها - اذا عرفت هذه الامــور تعرف ان ماسلكه المصنف ره فى عنوان هذا البحث و تشقيقه الشقوق هو الصحيح - .

المسألة الاولى

(قوله قده الاولى ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف الخ) الكلام فى ذلك يقع فى جهات (الاولى) فى صحة بيع ماهو متعلق حق الغير (الثانية) فى عتقه (الثالثة) فى احتياج صحة البيع الى الاجازة بعد ارتفاع الحجر وعدمه (الرابعة) فى جريان نزاع الكشف

والنقل في رافع الحجر وعدمه (الخامسة) في بيع الصبي والمجنون والسفيه .

اما الجهة الاولى فقد استدل على فساد البيع بان البيع تصرف في ما هو متعلق حق الغير فلايجوز والنهي عن المعاملة يدل على الفساد (وفيه) ان البيع ليس تصرفا في العين (مع) انه لو كان حراما لم يكن وجه لفساده اذ النهي عن المعاملة لايدل على الفساد وقد تقدم تقريب كلا الجوابين .

واما الجهة الثانية فقد ذهب المحقق النائيني ره الى انه ملزم على العتق فلابد اما من لزوم اداء الدين وفك الرهانة على الراهن - واما من استسعاء العبد في فكاك رقبته بفك الرهانة واستدل له (بان) الاجازة انما تؤثر فيما يؤثر الرد فيه ورد الحر الى الرق غير ممكن (وبان) تاثير العتق من الراهن حيث انه مالك للعين لا اشكال فيه خصوصا مع كون العتق مبنيا على التغليب (ويرد) على الاول ان الرد المقابل للاجازة رد العقد لارد نتيجته فعدم امكان رد الحر الى الرق غير عدم امكان رد العتق نفسه - وبعبارة اخرى اذا كان العتق مراعى بالاجازة فلو اجازه يتحقق ويترتب عليه الحرية ولو رده لايصير حرا كي يلزم منه رجوعه الى الرق (ويرد) على الوجه الثاني - ان كون العتق مبنيا على التغليب معناه انه لو انعتق مقدار من العبد - يتعين عتق الباقي لانه لو تعلق العتق المراعى به يكون ملزما عليه فتدبر فالاظهر عدم الفرق بين العتق والبيع في ذلك .

اما الجهة الثالثة فالاظهر عدم الاحتياج الى الاجازة اذ الاحتياج اليها انما هو لتحقق الاستناد المتحقق في المقام بدونها .

و اما الجهة الرابعة فقد يقال انه لايجرى نزاع الكشف و النقل في مثل فك الرهانة واسقاط المرتهن و نحوهما - من جهة ان حق المرتهن اذا كان مانعا عن تاثير العقد فحكم الفك والاسقاط حكم القبض في باب الصرف والسلم لان عدم المانع من اجزاء العلة فملكية المشترى كما تتوقف على القبض في البابين كك تتوقف ملكية مشترى العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجا للدين فلاتتحقق الملكية قبل ذلك (اقول) ان الكشف بالمعنى الذي ذكرناه في الاجازة انه غير معقول لايكون في الفك

والاسقاط لماذكرناه -مضافا الى انلازمه خروج العين عن كونها وثيقة - واما بالمعنى المعقول في الاجازة فيمكن البناء عليه في المقام ايضا والدليل عليه ح هو العمومات بالتقريب المتقدم هناك - ويؤيد ذلك بل يدل عليه - انه لو باع العين المرهونة غير المالك ثم بعد فك الرهن اجاز المالك ذلك العقد - لاشبهة في انه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف في الاجازة مطلقا فتدبر .

و اما الجهة الخامسة فلو باع غير المالك - فاجازه الولي لا كلام - ولو صار بنفسه جائز التصرف فاجاز يكون من صغريات ما تقدم في الامر الاول -والكلام في المقام انما هو فيما لو باع بنفسه - فان بنينا على انه مسلوب العبارة لا كلام في البطلان والا - فلو صار كك فاجاز صح البيع لكونه عقدا اجازه المالك -ولا يتوهم في المقام عدم الاحتياج الى الاجازة كما ذكرناه في بيع المرهون - فانه يدفعه ان العقد في حال الانشاء وان كان مستندا الي المالك تكوينا - الا ان الشارع الاقدس الغى هذا الاستناد فيحتاج الى الاجازة تحقيقاً للاستناد فتدبر .

من باع شيئا ثم ملك

(قوله قده اما المسألة الاولى فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتبر الخ) الاقوال في المسألة ثلاثة (الاول) البطلان اختاره صاحب المقابيس ره (الثاني) الصحة مع الاجازة - اختاره المحقق و المصنف ره و جمع آخرون (الثالث)الصحة بدون التوقف على الاجازة نسب ذلك الى الشيخ ره -- وفي النسبة مالايخفى فان منشأها - افتائه بصحة بيع النصاب في الزكاة ايضا ان اغترم حصة الفقراء -- مع -- انه يمكن ان يكون ذلك من جهة ذها به قده الى ان تعلق الزكاة بالعين من قبيل حق الرهانة -- او الجناية - و يمكن ان يكون للنص(١) الخاص .

و كيف كان فقد استدل المصنف ره للصحة مضافا الى العمومات -بالاصل (وفيه)

١- الوسائل باب ١٥ - من ابواب ما تجب فيه الزكاة

انه ان اراد بالاصل ـ هو اصالة الصحة ـ فيرد عليه ان الاصل فى المعاملات هو الفساد وان اراد به اصالة البرائة ـ فيرد عليه انه ره بنى على عدم الرجوع اليها عند الشك فى جزئية شيء او شرطيته للاسباب في باب المعاملات كما تقدم منه فى مقدمة الكتاب فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات (ولكن) على المختار لاباس بالاستدلال به ايضا فمقتضى العمومات والاصل هى الصحة .

وقد استدل للبطلان بامور (الاول) انه قد باع مال الغير لنفسه وقد مر الاشكال فيه ـ و ربما لايجرى فيه بعض ما ذكر هناك من الاجوبة عن ذلك الاشكال ـ و اجاب عنه المصنف ره بان الاقوى صحته وربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاوضان .

توضيح المقام ان عمدة الاشكال فى تلك المسألة انما هى امران (احدهما) انه بناءاً على اعتبار دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس ـ الفضولى البايع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقة المعاوضة والبيع (الثانى) مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان ـ اما الاشكال الاول فلو تم ماذكروه جوابا عنه فى تلك المسألة من ان الفضولى انما يبيع للمالك ويبنى على انه هو المالك ـ جرى ذلك فى المقام (وما) افاده المحقق النائينى ره فى المقام من ان مبنى هذا الجواب على ان الغاصب سارق الاضافة ويرى نفسه المالك و هذا لايجرى فى المقام لانه لم يسرق الاضافة ولم يغصب المال ـ وعليه فليس له قصد المعاوضة ـ ثم قال ـ الا ان يقال ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع فكانه يرى نفسه صاحب المال بالمشارفة فيبيع مايملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد ـ يرد عليه (اولا) ان الجواب المذكور لايختص ببيع الغاصب بل هو جار فى كل من يبيع مال الغير لنفسه ولافرق عليه بين ان يملكه فيما بعد وعدمه (وثانيا) انه لو لم يكن قاصد الذلك لم يفد ما افاده اخيرا فان من يطمئن بانه سيملك لايرى نفسه مالكا بالفعل ـ فلايقدر على قصد المعاوضة الا بالبناء على المالكية فيرجع الى ما تقدم ـ واما الاشكال الثانى ـ فاجابوا عنه هناك بانه بعد فرض كون البايع

قاصدا للبيع للمالك - وبانيا على انه هو المالك- الاجازة من المالك تتعلق بالاول دون الثانى فلايلزم مخالفة الاجازة لماقصده المتعاقدان-وهذا الجواب لايجرى فى المقام فان البايع انمايبيعه للمالك وحين الاجازة يجيز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد فمن وقع له العقد غير من يجيز المجيز وقوع العقد له (فتحصل) ان ماافاده المحقق صاحب المقابيس هو الصحيح على هذا المسلك (ولكن) ماذكرناه هناك فى وجه التصحيح ودفع هذا الاشكال - من انه لو باع لنفسه مع عدم البناء على المالكية فاجازه المالك صح ووقع للغاصب - ولو باع لنفسه مع البناء عليها فحيث ان انشائه بالمطابقة يدل على تملك المعوض - و بالالتزام يدل على المبادلة المذكورة فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامى فيقع له - كماله اجازة المدلول المطابقى فيقع للغاصب - يجرى فى المقام كما لايخفى فالاظهر عدم تمامية هذا الوجه .

الثانى ان بيع الفضولى لا بد و ان يكون واجدا لجميع مايعتبر فى صحة البيع سوى الاجازة بحيث لو لحقه الاجازة صح فعلا (وحيث) ان من جملة شرائط صحة البيع التى باجتماعها يصير البيع صحيحا بالصحة التاهلية ولاينتظر فى ترتب الاثر عليه سوى الاجازة كون من يراد وقوع البيع له قادرا على التسليم وامكان الرضا منه - كما فى عقد الفضولى فى ساير المقامات والمقام ليس كك - فان من يراد وقوع البيع له هو الفضولى وهو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثرة فى النقل اى قدرة من بيده امر المال وكك رضاه -فهذا البيع الفضولى غير صحيح بالصحة التاهلية فلايمكن تصحيحه بالاجازة - هذا غاية مايمكن ان يقال فى توجيه هذا الامر (و الجواب) عنه ان المراد من اعتبار الرضا فى المالك ان كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة و يصير مخاطبا بخطاب او فوا - ففى المقام موجود - فان حال الاجازة هو حال انفاذ المعاملة - وان كان المراد منه اعتبار رضا المالك فى حال العقد فيرد عليه انه غير معتبر قطعا لانه فى اغلب موارد بيع الفضولى لايكون ذلك موجودا اما للكراهة او للغفلة او لغيرهما ولم يتوهم احد فساد المعاملة من هذه الناحية وعلى اى تقدير لادليل عليه -وان

كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد فهو اول الدعوى و لادليل عليه (و اما) القدرة على التسليم فظاهر كلام المصنف ره تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد ـ وهوايضاً لادليل عليه بل الدليل من القاعدة و غيرها انما يقتضي اعتبار قدرة من هوملتزم بالمعاملةو تنتسب هي اليه ـ وحيث ان حال الاجازة حال الالتزام بها و انفاذها ـ و المفروض وجودها حينها فلاحالة منتظرة لصحة البيع ـ و لوسلم اعتبار قدرة المالك حال العقد ـ فيرده ماافاده المصنف رهمن ان الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط .

الثالث ان الاجازة كاشفة في موارد صحتها والالتزام به في المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بايعه قبل الدخول في ملكه ـ واجاب عنه المصنف ره بما حاصله انانلتزم في المقام بخروج المال عن ملك المجيز من اول ازمنة قابليته لانه لامانع عقلا ولاشرعامن كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تاثيرها ـ وعليه ـ فاذا صدر العقد ورضى المالك الفعلى به واجازه يقع البيع له ولازمه خروج المال عن ملكه من اول ازمنة قابليته للتاثير (اقول) ان الذي يلوح من صدر كلامه ويصرح به في آخره انه ره ظن ان صاحب المقابيس لاكلام له في وجود المقتضي للصحة ـ وانما كلامه في وجود المانع ـ فاجاب عنه بان المانع انمايمنع عن التاثير في الملكية من حين العقد ـ ولا يمنع عن التاثير في الملكية من بعد حصول الملك للبايع (ولكن) الظاهر من كلامه ره دانه لامقتضي للصحة وحاصل ماافاده ـ ان دليل صحة بيع الفضولي والقول بالكشف دليل واحد وهو ان العقد انماهو نقل من حينه ـ و الاجازة تتعلق بهذا والامضاء الشرعي متعلق بذلك ايضا وح ففي المقام لايمكن شمول العمومات وادلة الامضاء للعقد فلا مقتضى للصحة و ذلك لانه ان التزمنا بشموالها له و صيرورته ملكا للمشترى من حين العقد لـزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه وان التزمنا بشمولها له والانتقال اليه من بعد صيرورته مالكا لزم الالتزام بالتبعيض في مضمون العقد مع انه امر واحد والتزام فارد متعلق بنقل المال من حينه الى الابد ولايتعدد بتعدد الزمان كي يقال بتعلق الامضاء ببعضه دون بعض بل هو امر واحد امايمضيه الشارع من

الاول اولا يمضيه فلا يقع الى الابد - وفى باب الصرف والسلم دل الدليل الخاص على حصول النقل والانتقال من بعد القبض وهو فى المقام مفقود - فعلى هذا المسلك فى الكشف لامناص عن البناء على البطلان فى المقام (نعم) بناءاً على ما سلكه المصنف ره من ان العقد لايكون مفاده سوى التمليك - والاجازة متعلقة بذلك والامضاء متعلق به ايضا ولم يؤخذ الزمان فيه ابداً او انما يبنى على الكشف للنصوص الخاصة صح البناء على الصحة فى المقام للعمومات - كما انه بناء على ما اخترناه فى الكشف من الالتزام بالكشف الانقلابى بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك اذ المال من حين العقد الى شراء البايع وانتقاله اليه ملك لمالكه الاول ومن ذاك الوقت الى زمان الاجازة ملك للمجيز - وبعد الاجازة يعتبر ملكية المشترى الاول من حين العقد فالخروج انما يكون من حين الاجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول واما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول - لانه مقتضى شمول العمومات وخطاب اوفوا بالعقود.

الرابع ان صحة العقد الاول تتوقف على صحة الثانى كى يصير المال ملكا للمجيز فيجيز و صحة الثانى تستلزم ملكية المالك الاصلى الى حين العقد الثانى - فعلى الكشف يلزم اجتماع المالكين - اى المشترى الاول - والمالك الاصلى - قبل العقد الثانى وبعد الاول على مال واحد فى زمان واحد وهو من اجتماع الضدين ويلزمه اجتماع النقيضين اذ لازم وجود احد الضدين عدم الاخر - والجواب عن ذلك بعد الالتزام بالكشف من حين العقد الثانى واضح .

انما الكلام فى المقام فى الاشكال العام الذى اوردوه على القول بالكشف (ويذكر ذلك فى المقام لمناسبة غير خفية) وهو ان صحة الاجازة تتوقف على كون المجيز مالكا لان اجازة غير المالك كالعدم والمفروض انها توجب ملكية المشترى قبلها فيلزم بعد العقد وقبل الاجازة اجتماع مالكين على مال واحد - والمصنف ره يسلم الاشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتاخر .

اقول الحق ان يقال في الجواب عن ذلك انه لم يدل دليل علي لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الاجازة بما هي اجازة بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز كى يكون النقل عن ملكه باجازته وامضائه - وعليه - ففى المقام

بما ان زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان وهو متحقق على الفرض- هذا على الكشف بالمعنى المشهور و اما على الكشف المختار فالاشكال غير وارد اصلا-لفرض اتصال ملكيته بالاجازة كما لا يخفى (مع) انه يمكن ان يقال بكفاية كونه ملكا له ان لم يجز -و ان لزم من الاجازة كونه ملكا لغيره - ونظيرها في ذلك الاقرار على مافي اليد بانه للغير-فانه لو لا الاقرار على ان مافي يده للغير يكون له وان كان بالاقرار يكون لغيره -والظاهر-ان هذا مراد صاحب المقابيس من قوله يكفي في الاجازة ملك المالك ظاهرا -فلا يرد عليه ما افاده المصنف ره بان المالك الظاهري انما يجدي اجازته اذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الاجازة فتدبر.

الخامس ان الاجازة لما كشفت عن صحة العقد الاول لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكا للمشتري الاول فصحة الثاني تتوقف على اجازته وهي تتوقف على صحة الاول المتوقفة على اجازة المشتري الثاني وحيث ان اجازته تتوقف على صحة الثاني المتوقفة على اجازة المشتري الاول فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر -وايضا يلزم توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري غير الفضولي وهو محال فان لازمه عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن والمثمن و تملك المشتري الاول المبيع بلا عوض اما عدم تملكه المثمن فلفرض انتقاله عنه بالبيع -واما عدم تملكه الثمن فلان العقد الاول ينتقل ثمنه الى المالك الثاني والثمن في العقد الثاني ينتقل الى المشتري الاول لوقوعه في ملكه -فيلزم انتقال المثمن والثمن في العقد الثاني الى المشتري الاول-اما كون اللازم الاول محالا فلان حقيقة البيع هي المعاوضة ومقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع و تملك المثمن على تقدير عدم البيع فعدم تملك شيء منهما مستلزم لارتفاع النقيضين-واما كون الثاني محالا فلان مقتضى المعاوضة ان يتملك المشتري بعوض بعينه و لا يعقل تحققها و تخلف مقتضاها عنها-واجاب المصنف ره عن هذا الايراد بانه يرد على القول بالكشف من حين العقد ولو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني فلا يلزم محذور اصلا.

ثم ان السيد المحشي ره اجاب عن لزوم توقف كل من الاجازتين على الاخرى وصحة العقد الثاني على اجازة المشتري الاول بان بيع مال الغير انما يكون موقوفا

على اجازته اذاكان ذلك المال ماله مع قطع النظرعن هذا البيع وفى المقام انما يحدث الملكية من الاول بشرط هذا البيع والاجازة ومثل هذا لايعقل ان يكون موقوفا على الاجازة - فصحة العقد الثانى - واجازة المشترى الثانى لاتتوقفان على اجازة المشترى الاول (وفيه) ان جميع ماذكر دليلا على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على اجازته يدل على توقفها عليها فى المقام (فالحق) ان يقال ان هذا المحذور انما يلزم على القول بالكشف المشهور واما على الكشف المختار فان بنينا على الكشف من حين العقد الثانى كمامر فالامر واضح - واما ان قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الاول - فحيث ان العقد الثانى واقع فى ملك المالك الاصلى فيصح بلاتوقف على شيء وينتقل ثمنه اليه فاذا اجاز المشترى العقد الاول الذى اوقعه فضولا لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الاول بنحو النقل فى الملكية والكشف فى المملوك وهذا لايلازم الكشف عن وقوع العقد الثانى فى ملك المالك بالفعل فان هذا الاعتبار وارد على العقد فتدبر فانه دقيق .

السادس ان العقد الاول انما يصح بالاجازة و من شرائطها عدم مسبوقيتها بالرد والعقد الثانى يستلزم الرد فانه لايجامع العقد الثانى صحة الاول المقتضية لتملك المالك للثمن الاول فلامحالة يكون الثانى فسخا للاول وان لم يعلم بوقوعه فلايجدى الاجازة المتاخرة - واجاب عنه المصنف ره - بان الرد والفسخ - تارة يكون بانشائه قولا اوفعلا واخرى يكون بفعل مايفوت محل الاجازة - والثانى على قسمين - احدهما - مايفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأسا - ثانيهما - مايفوت محلها بالنسبة الى الفاعل - فلامانع من بقاء العقد بالاضافة الى غيره - وفى المقام بما انه لم ينشأ الرد كماهو المفروض والبيع ليس كالعتق موجبا لعدم بقاء المحل رأسا كى ينحل العقد رأسا - بل هو موجب لفوت محلها بالاضافة الى المالك لخروج المال عن ملكه - واما الفضولى الذى اشتراه فمحل الاجازة بالاضافة اليه باق فلامانع من شمول ادلة النفوذ له - ولايقاس ذلك بتصرف ذى الخيار من جهة انه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ماينافيه - فانه هناك لولم ينحل العقد لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه وهذا بخلاف المقام كماهو واضح .

وماافاده المحقق النائيني ره من انه اذاكان فعل مفوتا لمحل الاجازة بالاضافة الى المتصرف كان مفوتا لمحلها بالاضافة الى غيره ايضا. اذالبيع عبارة عن تبديل طرفى الاضافة مع اعتبار تعلق الاضافة بشخص خاص فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محل الاجازة بالاضافة اليه ليس له الاجازة والفضولى الذى اشترى المال لم يكن احد طرفى الاجازة فليس له ذلك ايضاً كما ليس له الرد (يرد عليه) ان مآل هذا الى انه لاتطابق بين ماوقع عليه العقد و ماتعلق به الاجازة وهذا هو الاشكال الثانى والجواب عنه قد تقدم والكلام فى المقام فى هذا المحذور المذكور من حيث هو .

وما اورده المحقق الايروانى ره عليه ـ بان البيع لشيء انشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الاجمال وان لم يلتفت الى العقد ولم يعلم به فكل فعل للمنافى فهو انشاء للرد فلاوجه للتفصيل بين انشاء الرد وفعل ماينافيه (يمكن) دفعه بان انشاء الرد انما هو كساير الانشائات متقوم بالقصد وبدونه لايتحقق فماافاده المصنف ره متين (نعم) ماذكره اخيرا فى وجه كون الفعل المنافى موجبا لانفساخ العقد فى البيع الخيارى يمكن ان يورد عليه ـ بانه اذالم يكن الفعل فى نفسه مستلزما لانشاء الرد لم يرد الابذلك لانه لامحذور فى الالتزام بوقوعه فى ملك الغير واصالة الصحة فى الفعل لاتصلح لاثبات تحقق قصد الرد فتدبر ـ مضافا الى انه قدتقدم عدم قدح الرد فى تأثير الاجازة .

السابع ـ النصوص الخاصة ـ وهى طائفتان (الاولى) الاخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ماليس عندك ـ و قد تقدم (١) فى اوائل بيع الفضولى انها بحسب السند لاكلام فيها ـ وتقريب دلالتها. انها تدل على فساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة الى المالك والمخاطب ـ اوبالنسبة الى خصوص المخاطب ـ وباطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبايع ولو صار مالكا واجاز بل الظاهر منها ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع والافعدم وقوعه له قبل تملكه لايحتاج الى البيان (واجاب) عنها المصنف ره بانها تدل على عدم ترتب الاثر المقصود من البيع على هذا البيع و

---

١ ـ ص٤٣

هذا لاينافي ترتب الاثر عليه اذا لحقه الأجازة (وفيه) ان مقتضى اطلاقها عدم ترتب الاثر عليه وان اجاز واجابوا عنها باجوبة اخر - احسنها جوابان - وقد تقدما (احدهما) ان الظاهر البدوي من النبوي النهي عن بيع ماليس حاضرا عنده سواء اكان مملوكا له ام لا - قدر على تسليمه ام لا كليا ام شخصيا وحيث انه لايمكن الالتزام به تعين حمله - اما على النهي عن بيع ماليس مملوكا له - او على النهي عن بيع مالايقدر على تسليمه - وان لم يكن الثاني اقرب لا كلام في عدم اقربية الاول (الطائفة الثانية) النصوص الخاصة - كصحيح(١) يحيى بن الحجاج عن ابي عبدالله(ع) عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب و هذه الدابة وبعينها اربحك فيها كذا و كذا قال (ع) لاباس بذلك اشترها ولا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها - وخبر(٢) خالد بن الحجاج عنه (ع) عن الرجل يجيء فيقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا و كذا قال(ع) اليس انشاء ترك و ان شاء اخذ قلت بلى قال (ع) لاباس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - وصحيح(٣) محمد ابن مسلم عن ابي جعفر (ع) عن رجل اتاه رجل فقال ابتع لي متاعا لعلي اشتريه منك بنقد او نسيئة فابتاعه الرجل من اجله قال (ع) ليس به باس انما يشتريه منه بعد مايملكه وصحيح(٤) منصور عن ابي عبدالله(ع) في رجل امر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه منه قال(ع) لاباس بذلك انما البيع بعد مايشتريه - وصحيح(٥) معاوية قلت لابي عبدالله(ع) يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقاولني عليه و اقاوله في الربح والاجل حتى نجتمع على شيء ثم اذهب فاشتري له الحرير فادعوه فقال (ع) ارأيت ان وجد بيعا هو احب اليه مما عندك يستطيع ان ينصرف اليه ويدعك او وجدت انت ذلك استطيع ان تنصرف اليه وتدعه قلت نعم قال فلا بأس (والمصنف) ره اجاب عنها اولا بما حاصله انها تدل على المنع عن الالزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء فكذا بعده من دون حاجة الى الاجازة - وهذا لاينافي الصحة مع الاجازة - ثم رجع عن ذلك و التزم بدلالتها على الفساد - من جهة ان عدم ترتب الاثر

١-٢-٣-٤-٥-الوسائل- باب ٨ من ابواب العقود حديث ١٣-٤-٨-٦-٧

المقصود على عقد الامع انضمام بعض الامور اللاحقة كالقبض والاجازة لايقتضى النهى عنه بقول مطلق بل لابد من النهى عنه مقيدا بتجرده عن ذلك القيد- فاطلاق النهى يقتضى الفساد حتى مع الاجازة .

والحق فى المقام ان يقال ان الصحاح الثلاثة الاخيرة ظاهرة فى ارادة بيع الكلى وتدل على انه لايجوز بيع الكلى فى الذمة ثم اشتراء بعض افراده وتسليمه الى المشترى الاول - و قد اتفق النص و الفتوى خلافا للعامة على جواز ذلك - فيتعين حملها على التقية كما يظهر من بعض النصوص المجوزة- او الكراهة (وماذكره) المصنف ره من ان الحكم فى موردها وان كان يحمل على التقية الا ان ذلك لاينافى الاخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل وهو يقتضى البطلان فى بيع الشخصى (يرد عليه) ان عموم التعليل لايقبل التبعيض بان يحمل على التقية او الكراهة فى بعض موارده وهو الكلى والاخذ بظاهره فى مورده الاخر لاسيما وان مورد و روده الكلى اذ بقائه فى غير مورد الاخبار والقائه فى موردها بعيد جدا - فهذه النصوص ساقطة (واما) خبر خالد بن الحجاج فقد مر الكلام فيه فى مبحث المعاطاة و عرفت انه قاصر سندا ودلالة - اما الاول فلدوران الراوى بين ابن بختج - وابن الحجاج والاول مجهول - واما الثانى- فلان الظاهر منه ثبوت الباس فى صورة الزام المواعد بقبول السلعة و وجهه عدم تحقق البيع فى مفروض السؤال ويكون قوله(ع) انما يحلل الكلام ويحرم الكلام بيانا لذلك لان المراد بالكلام الالتزام البيعى و المراد بالمحللية و المحرمية المنسوبة اليه محللية الايجاب للمبيع على المشترى والثمن على البايع - ومحرمية المبيع على البايع و الثمن على المشترى وتمام الكلام فى محله (واما) صحيح يحيى فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الاشتراء (توضيح ذلك) ان ايجاب البيع عبارة عن اقراره واثباته على وجه ليس له حله و فسخه - فمفاد الخبر النهى عن ايجاد البيع على الوجه الذى لايبقى مجال لحله وفسخه من الطرفين بنحو يكون الاشتراء مقدمة للوفاء لا لتتميم المعاملة - قبل استيجابها اى جعل البيع لازما على نفسه - او الاشتراء اى التملك المجامع مع

الخيار ـ والنهى عنه ارشاد الى عدم تحققه فيدل على عدم لزوم البيع قبل ان يملك وهذا مما لا كلام فيه (فتحصل) ان شيئاً مما استدل به على الفساد لا يدل عليه .

(قوله قده ومما يؤيد المنع مضافا الى ماسياتى ـ رواية (١) الحسن بن زياد الطائى الواردة الخ) هذا الخبر من حيث السند لا كلام لنا فيه فانه وان كان الحسن مجهول الحال ـ الا ان الراوى عنه ابان الذى هو من اصحاب الاجماع (واما) من حيث الدلالة فقد افيد فى وجهها انها صريحة فى ان علة البقاء هو اقرار المولى المستفاد من سكوته فلو كان الانعتاق وحده اومع الاجازة بعده مسوغا للبقاء لم يكن هناك حاجة الى الاستفصال المذكور للزوم العقد على كل تقدير (اقول اولا) ان فى اعمال العبد خصوصية ليست فى غيره ـ وهى عدم استقلاله فى التصرف واندكاك سلطانه فى سلطان مولاه ـ ولذا لو باع مال غيره توقف صحته على اجازة مولاه او اذنه ـ فعدم الصحة فى المقام بمجرد الانعتاق اومع الاجازة لا يلازم عدم الصحة فى البيع (وثانيا) انه يمكن ان يكون نظره (ع) وغرضه تصحيح الزواج من الاول لاعمية نفعه واتمية فائدته ـ اويقال ان المعلول يستند الى اسبق العلل فاستفصل عن وجود علة سابقة .

صور بيع من باع شيئا ثم ملك

(قوله قده ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات وهو ما لو باع البايع لنفسه واشترى المشترى غير مترقب لاجازة المالك الخ)

اقول ان البايع، ربما يبيع لنفسه، واخرى لمالكه ، وثالثة للاجنبى.

اما الصورة الاولى ، فتارة يبيع منجزا بحيث يرى نفسه ملزما فى ذلك فيشترى المبيع من مالكه مقدمة للوفاء بعقده ، واخرى يبيع على ان يكون العقد موقوفا على الاجازة ، وثالثة يبيع على ان يكون اللزوم موقوفا على التملك ـ والمصنف ره ادعى ان المتيقن من النصوص هو الفرض الاول وان الاخيرين باقيان تحت العمومات المقتضية

---

١ ـ الوسائل باب ٢٦ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣

للصحة واستظهر من تعليل العلامة ره للفساد بالغرر وعدم القدرة على التسليم ان ماهو مفتى به عند الاصحاب هوهذا الفرض .

واورد عليه المحقق النائيني ره ـ بماحاصله ـ يرجع الى امرين ـ احدهما ـ ان الاخبار مطلقة والمراد من التعليق ان كان هو التعليق البنائي فقدتقدم ان البناء القلبي لايؤثر في الصحة والفساد في باب المعاملات ـ وان كان هو التعليق في المنشأ فقداجمعوا على بطلانه ـ ثانيهما ـ انه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام لانه عبارة عن جعل الخيار وهوانما يكون مقابلا للالتزام العقدي من المالك و ليس العقد منسوبا الى البايع في المقام ـ والاسم المصدري غير الحاصل لامعنى لجعل الخيار فيه .

اقول ظاهر المصنف ره اختيار الشق الاول وادعائه ان مقتضى العمومات هي الصحة مع الاجازة في جميع الفروض غاية الامر في الفرض الاول وهو البيع المنجز والملزم عرفا وردالنهي عنه بالخصوص و حيث انه ارشاد الى الفساد فيدل على فساده ووجه استظهاره انمتعلق النهي في بعضها مواجبة البيع واقراره المساوق لكونه منجزاً وقوله (ع) انما البيع بعد مايملكه في بعضها الاخر ظاهر في ذلك فان البيع ظاهر في التمليك بالحمل الشايع المساوق للمنجز اذمع عدم الملكية لاتمليك بالفعل لاتحاد الوجود والايجاد ـ وبهذا يندفع كلا الايرادين ـ اماالاول فواضح ـ واما الثاني فلان المراد باللزوم المعلق على التملك ليس هولزوم العقد شرعابل لزومه عرفا فتدبر.

ثم انله قدهاختيار الشق الثاني(ودعوى) الاجماع على مبطلية التعليق (مندفعة) بانها تتم في غير القيود التي تكون صحة العقدمتوقفةعليهافراجع ماذكرناه .

ثم ان المحقق الايرواني ره اورد على ما استظهره من تعليل العلامة ره بان الشراء مترقبا اوغير مترقب لااثر له في رفع الغرروحصوله ولا في القدرة وعدمها فان توطين النفس على رفع اليدعن البيع عندعدم الاجازة كتوطين النفس على الالتزام بالمبيع المجهول على اي وجه كان في عدم رفعه للغرر (وفيه) ان البيع مترقبا للاجازة يوجب القطع بعدم الانتقال عن ملكه مالم يدخل بدله في ملكه بخلاف ماذا كان البيع منجزا فلاغرر في

الاول ـ كما ان البايع بعد تملكه يكون شرعا قادرا على تسليمه (فتحصل) انما ذكره المصنف ره تام ـ و ان كان ما افاده من الفساد في الفرض الاول حتى مع الاجازة بعد التملك غير تام كما تقدم .

و اما الصورة الثانية قد ذهب المصنف ره الى انها غير مشمولة لنصوص المنع وهو كك ـ ثم اورد على الحكم بالصحة فيها من جهة ان الاجازة لا متعلق لها لان العقد كان انشاءاً للبيع عن المالك الاصلي ولا معنى لاجازة هذا بعد خروجه عن ملكه ـ فاجاب عنه ـ بانه يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال في عكس المسألة ـ بان يكون البيع للمالك بما انه مالك بنحو تكون الحيثية تقييدية لا تعليلية (اقول) يمكن ان يورد عليه ـ بانه في عكس المسألة على مبنى المصنف ره من ان حقيقة البيع هي المعاوضة ـ لا يتصور بيع الغاصب لنفسه الا بايقاع البيع للمالك بما انه مالك و ادعاء انه المالك فلذا التزموا بذلك ـ واما في المسألة فيمكن قصد كل من شخص المالك و ذاته و عنوان المالك و كل منهما يجتمع مع قصد المبادلة ـ فوقوع البيع للمالك بعد الشراء و اجازته يتوقف على اثبات كون البيع لعنوان المالك و حيث لا سبيل اليه فلا وجه للحكم بالصحة و اما بناءاً على ما ذكرناه من ان البيع ليس معاوضة بل حقيقته الاعطاء لا مجانا ـ فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الاول باجازة المالك الثاني ـ و تصحيحها للثاني ـ بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها فراجع .

واما الصورة الثالثة ففيها فرضان (الاول) ان يكون ذلك الغير موكلا اياه في هذا البيع او تحت ولايته (الثاني) ان يكون اجنبيا عنه ـ اما الفرض الاول فالظاهر اتحاده مع الصورة الاولى من حيث الحكم والمدرك اذ البيع للنفس ثم الاشتراء اعم من البيع بالمباشرة او التسبيب هكذا قيل (ولكن) الانصاف ان دعوى اختصاص نصوص المنع بالاولى و عدم شمولها لهذا المورد قريبة جدا ـ فحكم الفرضين واحد ـ وهو انه لو باع له بانيا على مالكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة او بدونه على تقدير عدمه ـ فان اجاز المالك صح للمالك على الاول ـ و لذلك الغير على الثاني ـ و ان ملكه

الثالث فاجاز صح له - وان ملكه البايع فاجازه صح له على التقدير الاول - و للبايع على الثاني .

حكم ما اذا لم يجز البايع بعد تملكه

(قوله قده وهي ما ولو لم يجز المالك على تقدير تملكه فان الظاهر بطلان البيع الاول الخ) وقد استدل له - بالاخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا - و بما (١) دل على اعتبار طيب النفس في صحة التجارة و ترتب آثارها اذ المفروض ان المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشترى الاول و التزامه القبلي لم يكن الا التزاما بكون مال غيره له (ولكن) يرد عليه ان ماذكره من شمول الاخبار لهذه المسألة يقينا من غير ان يفصل بين كون البيع منجزا ام معلقا على تملك البايع او اجازته ينافي ماذكره قبل اسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الاول - اللهم - الا ان يقال ان مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزا .

والصحيح ان يستدل له بانه مع عدم الاجازة لا دليل على صحته لان العمومات مختصة بالبيع المستند الى المالك وفي المقام لا يكون مستندا اليه اذ المراد من الاستناد الى المالك ليس قيام الانشاء به بل المراد اضافة البيع الى المالك بما هو مالك وهذا العقد قبل التملك لم يكن مضافا اليه لعدم التملك وبعده لا يستند اليه لعدم الاجازة - وبعبارة اخرى - **الاضافة الى المالك** امر قصدي لا قهري فكيف يلتزم بها بمجرد التملك - وقد استدل لعدم الحاجة الى الاجازة بما دل (٢) على وجوب الوفاء بالعقود وما دل (٣) على وجوب الوفاء بالشرط - بتقريب ان العقد صادر من هذا الشخص والمانع عن لزوم الوفاء به قبل

---

١ - النساء آية ٢٠ - الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلي حديث ١ - ٣

٢ - المائدة آية ٢

٣ - الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

التملك هو كون المبيع مال الغير اذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير وبعد زوال المانع وصيرورته ملكا له لا مانع من توجه الامر بالوفاء اليه. واجاب عنه المصنف ره بجوابين (احدهما) ان دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملا له فيستصحب بعده والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام (وفيه) ان عدم شمول العام له بالتقريب الذى ذكرناه لم يكن من جهة خروج بعض الافراد فى بعض الازمان بدليل مخصص كى يقال انه من موارد استصحاب حكم الخاص بعد ذلك الزمان بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام فى نفسه اذ لا وفاء للالتزام بمال الغير - فالبايع قبل التملك غير داخل فى موضوع العام - فيكون نظير من لم يكن مشمولا لدليل وجوب اكرام العالم لعدم كونه عالما ثم صار كك فهل يتوهم فيه كونه مورد الاستصحاب عدم وجوب الاكرام - مع انه لو سلم كونه مشمولا لدليل العام فى نفسه وخروجه بدليل مخصص بما انه يكون خارجا عنه من الاول لا من الوسط لا يكون موردا لاستصحاب حكم الخاص - مضافا الى ذلك كله - ما حققناه فى محله من كون المرجع عموم العام فى جيمع الموارد لا استصحاب حكم الخاص وتمام الكلام فى محله (الثانى) معارضة العموم المذكور بعموم مادل على (١) سلطنة الناس على اموالهم و (٢) عدم حلها لغيرهم الا عن طيب النفس - وقد يورد عليه بان هذا يتم لو قلنا بدخوله فى ملكه وخروجه عن ملكه من دون رضاه. واما اذا قلنا بدخوله فى ملك المشترى الاول بمجرد اشتراء البايع من جهة ان البيع الاول مقتض لدخول المال فى ملك المشترى وكونه ملكا للغير مانعا فاذا زال المانع اثر المقتضى اثره فلا يدخل فى ملكه بخروجه عن ملك مالكه الاصلى. فتامل (فالصحيح) ان يجاب عنه بان العقد قبل التملك غير مستند الى المالك الفعلى وبعده لا اجازة منه كى يستند اليه ومع عدم الاستناد لا يكون مشمولا للعمومات فالاظهر عدم الصحة مالم يجز.

(قوله قده اشكل الخ) وجه الاشكلية عدم الاضافة اليه من جهة عدم قصد البيع

١- البحار ج ١- ص١٥٤ الطبع القديم - وج ٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

٢- الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى حديث ١-٣

لنفسه (وفيه) انه لايتم على مسلكه قده من كون البايع لغير المالك انما يبيع لعنوان المالك فانه اذا باع لهذا العنوان ثم انطبق عليه ذلك العنوان كان بعينه من باع لنفسه ثم ملك فتدبر.

لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

فبان كونه جائز التصرف

(قوله قده المسألة الثالثة مالو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف - الاولى ان يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا الخ) وقد اختار المصنف ره في هذه الصورة صحة البيع وعدم توقفها على الاجازة و تبعه غيره - والوجه في ذلك ان المفروض كونه وليا فلا يكون فضوليا وساير الشرائط من قبيل المصلحة موجودة فالعقد صادر من اهله واقع في محله فيشمله ادلة النفوذ وان لم يكن البايع عالما به (ودعوى) ان العلم بالولاية جزء الموضوع (مندفعة) بكون ذلك خلاف ظاهر الادلة من جهة ان الاحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا واناطتها بالعلم تحتاج الى دليل مفقود (واورد) السيد قده عليه بان العقد وان صدر عمن كان نافذ التصرف الا ان المفروض عدم علمه بذلك فلعله لو كان عالما بانه ولي ما كان راضيا بهذا البيع الخاص ومجرد موافقته للمصلحة لايوجب لزومه على الولي اذ يمكن ان يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح فيكون الاختيار في التعيين اليه فلافرق بين هذه الصورة وبين ما لو بان كونه مالكا - وبالجملة - يعتبر القصد الى النقل والرضا به بعنوان انه مال المولى عليه والمفروض عدمه في الفرض (وفيه) ان الدليل (١) انما دل على نفود تصرفات الولي في مال المولى عليه بما فيه صلاحه ولم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان - والقطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت الى الولاية لايضر اذا كان راضيا بالفعل - فضلا عن احتماله - فانه من قبيل تخلف الداعي فالاظهر هي الصحة وعدم التوقف على الاجازة.

(قوله قده لكن الظاهر من المحكي عن القاضي انه اذا اذن الخ) اقول

---

١ - الوسائل باب ١٥ من ابواب عقد البيع وشروطه - و باب ٨٨ من ابواب احكام الوصايا

يحتمل ان يكون نظر القاضي ره الى ان حقيقة الاذن الذى هو الاعلام و اظهار الرضا والرخصة انما تكون اذا كان بحضرته من يظهر له و الا فلا يعقل الاظهار والارائة فمع عدم اطلاع الغير لا يكون اذن ـ وعليه فما ذكر من خصوص المعاملين فى كلامه من باب المثال ويشهد له قوله فى ذيل كلامه فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز ـ وعلى هذا فلا مورد لايراد المختلف عليه كما لا يخفى (نعم) يرد عليه ما ذكرناه فى اوائل عقد الفضولى من كفاية الرضا وطيب النفس الواقعى فى الخروج عن الفضولية .

الصورة الثانية

(قوله قده الثانية ان يبيع لنفسه وانكشف كونه وليا الخ) اقول بناء على ما افاده المصنف ره فى بيع الغاصب لنفسه من انه انما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقا للمعاوضة ـ لابد من البناء على الصحة وعدم الوقوف على الاجازة ـ اما الصحة فلان البيع واقع للمالك و اما عدم الوقوف على الاجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة الي الاجازة (وما ذكره) ره فى وجه الاحتياج اليها من عدم الوقوع على الوجه الماذون فيه (يرد عليه) ان غرضه ان كان عدم كونه ما ذونا فيه تكليفا فيرده ما تقدم من عدم كون بيع الفضولى لنفسه اولغيره حراما ـ و ان كان غرضه عدم كونه ماذونا فيه وصفا ـ فيرده ان المفروض كونه وليا ـ و لعله الى هذا اشار بقوله فتأمل (و اما) بناءاً على ما ذكرناه من ان التنزيل لا يصحح قصد المعاوضة ـ فلا يمكن تصحيح البيع فى المقام لان الولى لا يتمكن من تملك مال المولى عليه مجانا فتدبر .

الصورة الثالثة

(قوله قده الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا الخ) و الكلام فيها يقع فى جهتين (الاولى) فى انه هل يصح ام لا (الثانية) فى انه على فرض الصحة هل

يتوقف على الاجازة ام لا .

اما الجهة الاولى فعن العلامة و ولده و الشهيد و غيرهم القول بالبطلان فيما لو باع مال ابيه بظن حياته فبان ميتا ـ و استدل له بامرين .

الاول ما توضيحه ان البيع للاب بظن حياته بحسب الطبع انما يكون بيعا للاب وحيثية الملكية تكون تعليلية لاتقييدية فمن قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له ولو باجازته (وبهذا) البيان يظهر ان ما اورده المصنف ره عليه ـ بان بيعه عن الاب انما يكون عنه من حيث انه مالك باعتقاده ففي الحقيقة انما قصد البيع عن المالك ـ كما ذكروه فيما لو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه ـ غير وارد ـ (ثم ان) المحقق النائيني ره اورد على المصنف ره بان الحيثية التقييدية لا يمكن الالتزام بها في الموضوعات الشخصية لان الفرد الخارجي غير قابل للتعدد فتقييده ممتنع فالاب اذا كان هو الذي بيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته و توصيفه بانه المالك حيثية تعليلية و الحيثية التعليلية لا اثر لها لاتحاد المنشأ و المجاز (وفيه) ان الافعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين ـ الاول ـ الافعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالاكل ـ الثاني ـ الافعال الاعتبارية المتقومة به كالبيع والايتمام والقسم الاول يتم فيه ماذكره من جهة ان تلك الافعال لا تتعلق بالعناوين مثلا الضرب لا يتعلق بالعنوان فهو اما ان يقع ام لا ولا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير ـ ولا يتم في القسم الثاني لان الافعال التي تكون من هذا القبيل تتعلق بالعناوين الكلية ـ ففي المقام يتصور وقوع البيع عن الاب على وجهين ـ الاول ـ وقوعه عن المالك بحيث تكون الحيثية تقييدية ـ الثاني ـ وقوعه عنه بنحو تكون الحيثية تعليلية فما افاده المصنف ره لا يرد عليه ذلك ـ (فالصحيح) ان يورد عليه بماذكرناه (نعم) هذا الايراد وارد عليه على مسلكه ره حيث انه في كتاب الصلاة في مبحث الجماعة في مسألة من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب الى هذا المبنى ونحن اوردنا عليه بعين هذا الايراد ـ راجع الجزء الخامس من هذا الشرح.

الثاني انه لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا ان البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه ـ فحيث ـ انه يعتقد انطباقه على ابيه فقصد الاطلاق في حكم التعليق ـ

اى عن والدى اوعنى ان مات هو ـ وحيث انه يعتقد كونه حيا فقصد الاطلاق فى عقده يعد عبثا ومنافيا للقصد الجدى فى المعاملة ـ وبهذا البيان ظهر اندفاع ماذكره المصنف ره وتبعه المحقق النائينى ره وغيره ـ من ان هذا الدليل لايجتمع مع الدليل الاول من جهة ان اساس الاول وقوع البيع عن الاب واساس هذا وقوعه عن نفسه .

و الحق فى الجواب عن هذا الوجه ـ ان هذا النحو من التعليق اى المعنوى منه لايضر بصحة العقد ـ كما ان عدم القصد الجدى بهذه الكيفية غير مضر كما تقدم فى اول مسألة بيع الفضولى ـ فالصحيح هو الوجه الاول ـ فالمتحصل انه ان كان البيع عن المالك اى عن الاب بما انه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعم نفسه صح البيع ـ وان كان عن الاب كما هو كذلك بحسب الطبع فالبيع باطل لايمكن تصحيحه .

واما الجهة الثانية فالمحكى عن غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة الى اجازة مستأنفة ـ و عن المحقق و الشهيد الثانيين وقوفه على الاجازة ـ وقد استدل للتوقف على الاجازة ـ بوجهين .

الاول ما عن جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك (وتوضيحه) ان العاقل الملتفت الى كون المال للغير وانه لاينتقل عن ملكه قهراً الا محالة يكون قصده للنقل مقيدا بالا جازة ـ وحيث ان العقود تابعة للقصود فلابد وان يقع الاجازة حتى يقع النقل على الوجه المقصود (و فيه اولا) ان محل الكلام هو قصد البيع عن المالك لاعن شخص الغير والابطل البيع كما تقدم ـ وعليه ـ وان سلم كون النقل موقوفا على الاجازة ـ الا انه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعا يقع النقل عنه بقصده فلاحاجة الى اجازته ـ وبعبارة اخرى ـ بما انه يبيع عن المالك عن قصد اليه والمفروض انه هو المالك ـ فلاحاجة الى الاجازة ولعله اليه يرجع ماذكره المحقق الثانى بقوله الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف (وثانيا) ان حقيقة البيع وهى النقل فى نظر الناقل لا النقل فى نظر الشارع فالالتفات الى انه لاينتقل عن ملك الغير ماله قهرا غير مناف لقصد النقل الذى به قوام البيع (و بالجملة) الانتقال شرعا من آثار البيع ولايلزم قصده حتى يقال انه يكون موقوفا على الاجازة ـ و الى

هذا نظر المصنف ره فيما ذكره في مقام الجواب (واما) ماذكره المصنف ره بقوله -مع ان عدم القصد المذكور لايقدح بناء على الكشف - الذى حاصله ان عدم امكان قصد النقل فعلا يناسب القول بالنقل فان الانتقال انما يكون من حين الاجازة بخلاف القول بالكشف فان الانتقال فعلى فيمكن قصده حال النقل (فيرد عليه) ان المدعى هو وقوف النقل على الاجازة لاتاخره عنها -وهذا لافرق فيه بين القول بالنقل والكشف فانه على الكشف ايضا يكون النقل موقوفا على الاجازة .

الوجه الثاني ما افاده المصنف ره وهو ان اكثر ادلة اشتراط الاجازة في بيع الفضولي جارية هنا ، و مراده بها ادلة (١) اعتبار التراضي وطيب النفس كما يصرح به بعد ذلك -وتقريب ما افاده انها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله لاذات ماهو ماله - ولذا لو قدم الى غيره طعاما بتخيل انه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بانه له -وفي المقام بما ان البايع انما رضي بنقل مال معين اتفق كونه ملكا له في الواقع- ولم يرض بنقله بما هو ماله فيحتاج الى الاجازة لذلك (وفيه) انه ان كان البيع عن شخص من يتخيل كونه مالكا لزم بطلان البيع و عدم امكان تصحيحه ولو بالاجازة و ان كان عن المالك بنحو يعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان انه ماله موجود - فاما يكون باطلا اويكون لازما غير متوقف على الاجازة - وبعبارة اخرى - انه لاريب في كونه راضيا ببيع مال نفسه - فان كان البيع بيعا عن الاب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للاجازة -وان كان بيعا عن المالك بما هو مالك بنحو يعم نفسه كان الرضا متعلقا بنقل مال المالك الواقعي وان كان منطبقا على نفسه ومعه لاحاجة الى الاجازة لصدور العقد عنه مباشرة وعن الرضا وهو اولى من اذنه واجازته -ولعله الى هذا يرجع مااستدل به لعدم الاحتياج الى الاجازة بما نقله المصنف ره بقوله - ولان قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد الخ فلا يرد عليه ماذكره المصنف ره .

(قوله قده ثم انه ظهر مما ذكرنا في الوقوف على الاجازة الخ) و ذلك

١- النساء آية ٣٠ -الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلي حديث ١-٣

لان الرضا ببيع المال بعنوان انه ماله من شرائط تاثير العقد - لانه امضاء للعقد المؤثر كمافي موارد امضاء البيع الخياري .

(**قوله قده اذ فيه ان الخيار فرع الانتقال الخ**) محصل جوابه قده عن استدلال بعض من قارب عصره بحديث(١) نفي الضرر للقول بانه من باب خيار الفسخ- يرجع الى امرين. (الاول) - انه لايصح الرجوع الى قاعدة نفي الضرر التي هي من الادلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا وطيب النفس ممايقتضيه الادلة الاولية -و بعبارة اخرى- ان مقتضى الادلة الاولية توقف الانتقال على الرضا فمع فقده لايتحقق الانتقال و مع عدمه كيف يحكم ثبوت الخيار الذي هو فرع الانتقال . (الثاني) ان الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضررا ماليا كما في موارد خياري العيب و الغبن -و اخرى- يكون ضررا سلطانيا -اي يكون موجبا للنقص في سلطانه على ماله وفي الاول يتدارك الضرر بالخيار - واما في الثاني فالتحفظ عليه انما يكون بالتحفظ على سلطانه على ماله وسد بابه انما هو بالالتزام بعدم خروجه عن ملكه بلا رضاه - لا خروجه عنه وتداركه بالخيار - اذ اصل الانتقال ولو متزلزلا ضرر على المالك في سلطانه - فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لااللزوم - و بهذا البيان يظهر ان (ما اورده) المحقق النائيني ره على المصنف- بان الصحة ليست امرا مجعولا حتى ترتفع بها بل هي منتزعة من تحقق الشرائط فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحية الاسباب او المسببات فنفس هذا الدليل كـاف لاثبات هذا القيد - و الا - فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر و نحوها لانها حاكمة على الاحكام الثابتة و لايمكن اثبات حكم بها لولاجعله لزم منه الضرر (فـي غير محله) فان دليل نفي الضرر يرفع امضاء الشارع للعقد الذي يلزم منه هذا الضرر ولا محذور في ذلك .

(**قوله قده ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي الخ**) محصل ما ذكره ان الادلة الاربعة التي اقاموها على بطلان

١- الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار

بيع الفضولى من الكتاب (١) والسنة(٢) والاجماع- والعقل - غير الاخير منها لاتشمل هذا العقد لانه صدر ممن بيده امر المال (نعم) لوقلنا بفساد عقد الفضولى من باب حكم العقل بقبح التصرف فى مال الغير-يتجه البطلان فى المقام (واورد عليه) المحقق النائينى بان حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعى-وحكمه بقبح التصرف فيما علم انه مال الغير طريقى-فالحكم الشرعى المستكشف من الاول من باب الملازمة حكم واقعى والحكم الشرعى المستفاد من الثانى طريقى فاذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لايكون الا تجريا (وفيه) ان مورد استثناء المصنف ره هو حكم العقل بقبح التصرف وقال انه لو كان المدرك هو هذا الحكم من العقل اتجه الحكم بالفساد هنا- فان موضوع حكم العقل بالقبح ليس هو الواقع بل ما اعتقد انه مال الغير- وكون الحكم المستفاد من هذا الحكم فى بعض الموارد واقعيا وفى آخر طريقيا اجنبى عن ماهو محل استثناء المصنف فتدبر .

الصورة الرابعة

قوله قده الصورة الرابعة ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له والاقوى هنا ايضا الصحة الخ)اقول ان من يبيع مالا باعتقاد انه لغيره-تارة يبنى على انه ماله كان فى اعتبار العقلاء ايضا كك كما فى ثمن الخمر- ام لم يكن كما فى المال المكسوب من القمار -واخرى لايبنى على ذلك بل يبيع بان يخرج المثمن عن ملك ذلك الغير ويدخل ثمنه فى ملكه (اما) فى الصورة الاولى فالاظهر الصحة وعدم الوقوف على الاجازة فانه باعه عن رضا بعنوان انه ماله فالعقد تام من حيث الاركان حتى الرضا بالانتقال بعنوان انه ماله- فما افاده المصنف ره بقوله وفى عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى فى الثالثة-متين بل هو وجه وجيه(واما)فى الصورة الثانية (فدعوى)اعتبار الاجازة بناءاً على اعتبار رضا البايع بانتقال ماله بعنوان انه ماله فى البيع (فى محلها) لانه انما رضى

١-٢- راجع ص ٤٣و٤٢ .

بانتقال مايعتقد انه مال الغير ولم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان فتدبر .

القول في المجاز

(قوله قده واما القول في المجاز - الاول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة الخ) اقول - ان الشروط المعتبرة في انشاء العقد لا كلام فيها - و اما غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين والعوضين - فهي على اقسام (الاول) ما يعتبر حال العقد - ككون العاقد ممن يصح منه المعاقدة والمعاهدة اما عقلا ككونه حيا - او شرعا ككونه عاقلا (الثاني) ما يعتبر فيمن زمام امر العقد بيده كان هو المالك او ولي التصرف كالقدرة على التسليم فان دليل اعتبارها انما يدل على ذلك ولذا لو كان مجري الصيغة غير قادر على التسليم وكان البيع للصبي غير القادر ولكن كان وليه قادرا صح البيع (الثالث) مايعتبر في المالك ككون المالك للمصحف مسلما (اما) القسم الاول فهو يعتبر وجوده حين العقد ولايخفى وجهه (و اما) القسم الثاني فلا يعتبر بل يعتبر وجوده حين الاجازة حتى على الكشف فانه انما يكون في الملكية لافي انتساب العقد الى المجيز - وهو يعتبر وجوده حين صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد - و هو انما يكون من حين الاجازة (و اما) القسم الثالث فعلى القول بالكشف يعتبر وجوده حين العقد لانه اول زمان حصول الملكية - وعلى القول بالنقل لايعتبر ذلك .

(قوله قده للزومه عليه الخ) علة للمنفي - وكذ قوله لتوقف تاثيره الخ.

(قوله قده وذلك لان العقد اماتمام السبب الخ) علة للنفي اي عدم الكفاية محصله ان العقد الانشائي اما تمام السبب - اوجزئه وعلى كل تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه لنفس دليل الاعتبار - بل مادل دليله على اعتباره في العقد التام دون جزئه يعتبر فيه ايضا - لان الاجازة ليست جزء العقد بل هي شرط تأثيره و تمام العقد انما هو ما وقع بين الفضولي والاصيل - ولو سلم كونها جزء فانما هي جزء السبب

المملك لاجزء البيع الانشائی و ظاهر الادلة اعتبار ذلك فی البيع الانشائی لا السبب المملك (اقول) يرد عليه مضافا الى ماتقدم عند بيان ما هو الحق عندنا ـ ان غاية مايثبت بذلك اعتبار العلم بالعوضين حين العقد ـ اما انه هل يعتبر كـون المجرى للصيغة كك ام يعتبر كون المجيـز كك فلا يثبت بذلك ـ فلابد من الرجوع فی ذلك الى وجه آخر ـ و الظاهر هو الاول ـ فان المجيز انما ينفذ العقد الواقع الصحيح وينسبه الى نفسه ـ فلابد وان يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا و من جملة مايعتبر فی الصحة العلم بالعوضين وبهذا يظهر الفرق بين الاذن و الاجازة فان العقد فی الاول مـن حين تحققه يستند الى الاذن فيكفی كونـه عالما بالعوضين بخلاف صـورة الاجازة فتدبر .

(قوله قده نعم لو دل دليل على اعتبار شرط فی ترتب الاثر الشرعی الخ)

مراده بذلك مادل على اعتبار شرط فی المالك ـ وعليه ـ فيرد عليه ماتقدم من انه لابد من التفصيل بين القول بالنقل اوالكشف فراجع .

(قوله قده ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد الى زمان الاجازة الخ) اقول يقع الكلام فی موردين (الاول) فی انه هل يعتبر وجود الشرائط حين الاجازة ام لا ـ والحق ان شروط العقد لامعنى لاعتبارها حين الاجازة الاعلى القول بانها بيع مستانف ای ايجاب متاخر ـ او قبول ـ واما غيرها من الشروط فما كان منها معتبرا فيمن بيده زمام العقد يعتبر وجوده حينها لانه حين الاجازة يستند العقد الى المجيز و يصير العقد عقده وما كان منها معتبرا فی حال العقد لا يعتبر وجوده حين الاجازة وما كان منها معتبرا فی المالك يفصل بين القول بالكشف والنقل و على الاول لايعتبر و على الثانی يعتبر كما تقدم (المورد الثانی) فی انه هل يعتبر استمرار وجود الشرائط مـن حين العقد الى حين الاجازة ام لا ـ الاظهـر عـدم الاعتبار و يظهـر وجهه مما قد مناه .

یعتبر کون المجاز معلوما تفصیلا

(قوله قده الثانی هل یشترط فی المجاز کونه معلوما للمجیز بالتفصیل الخ)

اقول یقع الکلام فی مقامین(الاول) فی انه هل یعتبر العلم التفصیلی بالمجاز من حیث العوضین ونوع العقد من البیع والهبة وغیرهما ام لایعتبر ذلک(الثانی) فی انه هل یعتبر العلم بوقوع العقد ام یکفی احتمال وقوعه .

اما المقام الاول ـ فقد استدل لاعتبار العلم بوجوه (الاول) مافی المتن و هو ان الأجازة احد رکنی العقد اذ المعاهدة الحقیقیة انما تحصل من المالکین بعد الاجازة فیشبه القبول مع عدم تعیین الایجاب عند القابل(وفیه) ان دلیل اعتبار العلم بالعوضین ونوع العقد لو دل علی اعتباره فی البیع و العقد وقلنا ان ظاهره اعتبار ذلک فی البیع والعقد الانشائی الذی هو السبب للمعاقدة الحقیقیة. فلاوجه لاعتباره فی الاجازة لان مجرد الشباهة بالقبول لایوجب الالحاق فی الحکم والا فالاذن السابق ایضا کک مع انه لا یعتبر فیه ذلک (الثانی) ما افاده المحقق النائینی ره ـ و هو ان الاجازة لامعنی لتعلقها بالعقد علی نحو الا طلاق لوقوع عقد الفضولی علی شیء خاص وهو لو کان مجهولا عند المجیز فلاتشملها الادلة الدالة علی نفوذ الاجازة بل حکمها حکم تعلق الوکالة بالامر المبهم التی لااعتبار بها عند العقلاء (وفیه) اولا ـ انه یمکن الاطلاق فی الاجازة بمعنی تعلقها بماوقع ایاما کان ولیس ذلک من قبیل الامر المبهم الذی لاواقع له ـ وثانیا ـ انه لوسلم عدم کون تعلقها بالعقد علی نحو الاطلاق غایة الامر کونها من قبیل اجازة المجهول وهی کالاذن فی المجهول لااشکال فیها (وبالجملة) ان الاذن فی المبهم لعدم کون المبهم مماله واقع لایصح و کک اجازته و اما الاذن فی المجهول فالاظهر عدم المحذور فیه و کک الاجازة المتعلقة به (الثالث) ما افاده المحقق النائینی ره ایضا وهو ان الاجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج فی عموم نهی النبی (ص)

عن الغرر (وفيه) اولاان الغرر المنفى مختص (١) بالبيع ـ و ثانيا انه على فرض العموم لااشكال فى عدم كون التوكيل والاذن مشمولين للمنفى اذلاريب فى عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعين من جميع الجهات فيهماو كك الاجازة (الرابع) ان البيع انما ينتسب الى المجيز من حين الاجازة ففى الحقيقة هى تكون معاملة و بيعا فيعتبر ان لا تكون غررية (وفيه) ان المنفى هو البيع الغررى وهو ظاهر فى الانشائى منه كما تقدم فالاظهر انه لايعتبر العلم بالمجاز .

واما المقام الثانى فقد استدل لاعتبار العلم بوجهين (الاول) مافى المتن وهو ان الاجازة احد ركنى العقد فلا يصح التعليق فيها و بعبارة اخرى انها فى معناه فالتعليق مبطل لها (وفيه) ان مدرك مبطلية التعليق هو الاجماع والمتيقن منه التعليق فى البيع الانشائى ولايشمل البيع الحقيقى ومافى معنى البيع (الثانى)ماافاده المحقق النائينى ره وهو ان بها يتحقق الاستناد وهى من الايقاعات والايقاع لايقبل التعليق (وفيه) ان الايقاع كالعقد قابل للتعليق بان يكون المعلق هو المنشأ لاالانشاء ولادليل على بطلانه به ـ مع ـ انه لو سلم ذلك فانما هو فى التعليق على غير القيود التى يتوقف عليها ـ و الا فلا دليل على البطلان ـ و المقام من هذا القبيل لتوقف الاجازة على صدور العقد ـ فالاظهر عدم اعتبار العلم به فيكفى مجرد احتماله فيجيزه على تقدير وقوعه اذاانكشف وقوعه .

حكم العقود المترتبة

(قوله قده الثالث المجاز اماالعقد الواقع على نفس مال الغير واما العقد الواقع على عوضه الخ) اقول ان الاصحاب حكموابان اجازة العقد الواقع على

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٤٠ ـ من ابواب آداب التجارة حديث ٣ ـ والمستدرك باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث ١ ـ وسنن بيهقى ج ٥ ص ٣٣٨ ـ وسنن الترمذى ج ٣ ـ ص ٥٣٢ ـ واخرجه مسلم ـ وابوداود ـ فى كتاب البيوع ـ

مال الغير توجب صحته وصحة مابعده من العقود ـ و اجازة العقد الواقع على بدله توجب صحته وصحة ماقبله ـ ومحل كلامهم انما هو العقود الطولية من حيث الترتب الانتقالى لاالزمانى فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود عرضية من حيث الصحة لاطولية وخارجة عماهو محل الكلام ـ وتعاقبها اماان يكون بوقوعها من اشخاص متعددة واما بتعاقبها على اثمان عديدة (ثم ان) المراد من العوض فى كلماتهم على ماصرح به المصنف ره هو الثمن الكلى وبعبارة اخرى ان محل البحث هى صورة ترامى الاثمان لاورود العقود على العوض الشخصى (ثم ان) العقود المتعددة اما واقعة على مال الغير اوعلى عوضه بان يكون العوض فى كل عقد معوضا فى الاخر ـ وعلى كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشترى فى كل طبقة اوغيره لاكلام فى ان للمالك اجازة اى منها شاء ـ انما الكلام فى انه اذا اجاز عقدا هل يوجب ذلك صحة غيره ام لا .

ولتنقيح ذلك اقول ـ ان المجاز اما اول عقد واقع على مال المالك ـ او آخر عقد واقع عليه ـ اووسط واقع بين سابق ولاحق واقعين على مورد عقد الوسط (والمراد من المورد اعم من الثمن والمثمن فى العقد الوسط وايضا المراد من الوقوع على المورد اعم من كون المورد فى ذلك العقد ثمنا اومثمنا) او واردين على بدل مورده ـ او كون السابق واردا على مورده واللاحق واردأ على بدل مورده ـ او بالعكس فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض واما الواقعة على العوض ـ فهى ايضا كك ـ لان المجاز اما ان يكون اول عقد واقع عليه ـ او آخر عقد اووسط بين سابق ولاحق واردين على مورده او بدل مورده ـ اويكون السابق على المورد واللاحق على بدله ـ اوبالعكس فمجموع الصور اثناعشرة ، ستة للفرض الاول وستة للفرض الثانى وجمع المصنف ره الكل فيما اذا باع عبد المالك بفرس ثم باعه المشترى بكتاب ثم باعه الثالث بدينار ـ وباع البايع الفرس بدرهم و باع الثالث الدينار بجارية وباع بايع الفرس الدرهم برغيف ثم بيع الدرهم بحمار وبيع الرغيف بعسل - و جامعية هذا المثال لجميع الصور يظهر من التصوير التالى تامل تعرف .

(صور العقود الواقعة على المعوض)

بيع العبد بفرس بيع الفرس بدرهم

بيع العبد بكتاب

بيع العبد بدينار بيع الدينار بجارية

١- اول عقد واقع على المعوض - بيع العبد بفرس

٢- آخر عقد واقع عليه - بيع العبد بدينار

٣ - الوسط الواقع عليه - الواقع بين الواقعين على مورده - بيع العبد بكتاب الواقع بين بيعه بفرس وبيعه بدينار

٤- الوسط الواقع بين واقعين على بدل مورده بيع العبد بكتاب الواقع بين بيع الفرس الذى هو بدل للعبد فى العقد الاول بدرهم و بين بيع الدينار الذى هو البدل للعبد فى العقد الاخر بجارية .

٥-٦- وبذلك ظهر الواقع بين المختلفين

(صور العقود الواقعة على العوض)

بيع الفرس بدرهم بيع العبد بفرس

بيع الدرهم برغيف بيع الدرهم بحمار

بيع الرغيف بعسل

١ - اول عقد واقع على العوض - بيع الفرس بدرهم

٢- آخر عقد واقع عليه - بيع الرغيف بعسل

٣- الوسط الواقع بين واقعين على مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع الفرس بدرهم - وبيع الدرهم بحمار

٤- الوسط الواقع بين سابق واقع على بدل مورده ولاحق واقع على مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع العبد بفرس - وبيع الدرهم بحمار .

٥- الوسط الواقع بين واقعين على بدل مورده - بيع الدرهم بحمار الواقع بين بيع العبد بفرس - وبيع الرغيف بعسل

٦- الوسط الواقع بين سابق واقع على مورده وهو بيع الدرهم برغيف ولا حق واقع على بدل مورده و هو بيع الرغيف بعسل - وهو ايضا بيع الدرهم بحمار

هذا كله فى تطبيق المثال الذى ذكره المصنف على جميع الصور.

ثم انه يقع الكلام فى بيان حكم العقود المترتبة - فالضابط - ان الاجازة كما توجب صحة المجاز - توجب صحة ماقبله مما يتوقف عليه ومابعده مما يكون

من احكامه ـ وبعبارة اخرى ـ توجب صحة مايكون فى سلسلة علله ومعلوله (توضيح ذلك) بنحو يظهر حكم جميع الصور ـ يقتضى التكلم فى مواضع (الاول) فى العقود الواقعة على شخص مال المالك و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على العوض و بيان انه لو اجاز المالك العقد الواقع على ماله اى عقد يصح بهذه الاجازة ومثال الجامع لذلك (بيع العبد بفرس ـ ثم بيع الفرس بدرهم ـ ثم بيع العبد بكتاب ـ ثم بيع الكتاب بالحنطة ـ ثم بيع العبد بدينار ـ ثم بيع الدينار بجارية ـ) (الثانى) فى العقود الواقعة على الثمن الشخصى وهو الثمن الواقع عوضا فى البيع الاول وهو الفرس وماسبقه ولحقه من العقود الواقعة على عوضه ـ ومثال ذلك (بيع الفرس بدرهم ـ ثم بيع الدرهم بعسل ـ ثم بيع الفرس بحمار ـ ثم بيع الحمار بجارية ـ ثم بيع الفرس بالدار ـ ثم بيع الدار بالكتاب) (الثالث) فى العقود الواقعة على الثمن الكلى ـ وماسبقه ولحقه من العقود ومثال ذلك (بيع العبد بفرس ـ ثم بيع صاحب الفرس العبد بكتاب ـ ثم بيع الفرس بدرهم ـ ثم بيع صاحب الدرهم الفرس بدينار ـ ثم بيع الدرهم برغيف ـ ثم بيع صاحب الرغيف الدرهم بحمار ـ ثم بيع الرغيف بعسل) ثم انه فى هذه المواضع تارة يجيز المالك اول العقود ـ واخرى آخرها ـ وثالثة الوسط منها ـ فاذا بينا حكم اجازة الوسط و تبين حكمه و ما سبقه و لحقه يظهر حكم اجازة العقد الاول ـ والاخر .

فاقول مستعينا بالله تعالى انه فى الموضع الاول لو اجاز العقد الوسط منها وهو بيع العبد بكتاب ـ يكون ذلك فسخا بالنسبة الى ماقبله سواء اكان واقعا على نفس مال المالك وهو بيع العبد بفرس ـ اوواقعاً على عوضه فى ذلك العقد وهو بيع الفرس بدرهم بمعنى انه يفوت بذلك محل الاجازة بالنسبة الى المالك ـ للخروج عن تحت سلطنته وعدم توقف صحة المجاز عليهما نعم لمن انتقل اليه العبد اجازة بيع العبد بفرس بناء على عدم اعتبار كون المجيز حال العقد مالكا على القول بالنقل ـ ومطلقا بناء على القول بالكشف وله اجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لانتقال الفرس اليه ولو اجاز اولا بيع الفرس ـ يلزم بيع العبد بلزومه لتوقفه

عليه ـ ولو لم يجز من انتقل اليه المال بيعه ولا بيع عوضه فلمالك الفرس ح اجازة بيعه بدرهم واما بالقياس الى ما بعده من العقود سواء كان واقعا على نفس هذا المال وهو بيع العبد بدينار او عوضه فى العقد اللاحق و هو بيع الدينار بجارية ـ فعلى القول بالكشف تلزم تلك العقود بهذه الاجازة لوقوعها فى ملك ملاكها ـ و اما بناء على القول بالنقل فيبتنى على المسألة المتقدمة وهى عدم اشتراط الملكية حين العقد ـ واما الواقع على عوض هذا المجاز وهو بيع الكتاب بحنطة فلا يلزم بلزوم هذا العقد لان لزوم هذا يصير سبباً لدخول الكتاب فى ملكه فله اجازة العقد الواقع على كتابه ـ فالقول بان العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد باطلاقه غير تام .

واما الموضع الثانى فالحكم فيه هو الحكم فى الموضع الاول الا فى مورد واحد (توضيح ذلك) انه اذا تعلقت الاجازة بالعقد الوسط ـ وهو بيع الفرس بحمار ـ فبالنسبة الى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن ـ و هو بيع الفرس بدرهم ـ و على بدله ـ وهو بيع الدرهم بالعسل ـ يكون فسخا بالتقريب المتقدم ـ و اما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن و هو بيع الفرس بالدار ـ وعلى عوضه فى العقد اللاحق وهو بيع الدار بكتاب فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف ـ او على القول بعدم اشتراط الملكية بناء على النقل ـ واما ماوقع على عوضه فى المجاز وهو بيع الحمار بجارية فلا يصح باجازة ذلك لما تقدم هذا فيما يشترك فيه الموضعان (واما) ما يختص به هذا الموضع وهو ان الاجازة فى هذا ـ توجب صحة ماتقدمه الواقع على نفس مال المالك اولا وهو بيع العبد بفرس ـ والا لم يصر الفرس ملكا له حتى يجيز العقد الواقع عليه ـ فظهر انه لاوجه للقول بانها توجب فسخ العقود اللاحقة .

و اما الموضع الثالث فلو اجاز العقد الوسط و هو بيع الدرهم برغيف ـ فبالنسبة الى مابعده من العقود ـ يفصل بين ماوقع على ماانتقل عنه ـ وما وقع على ما انتقل اليه ـ فالبيع الواقع على ما انتقل اليه وهو بيع الرغيف بعسل لايصح بهذه الاجازة لانها اوجبت دخول المعوض فى ملكه فله اجازة العقد الواقع عليه ايضا ـ

واما الواقع على ماانتقل عنه وهو بيع الدرهم بحمار فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف ـ او عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد على القول بالنقل (و اما) بالنسبة الى ما قبله من العقود فهى توجب صحة جميعها ـ اعم من الواقع على المعوض ـ او الثمن الكلى ـ او الشخصى على القول بالكشف او عدم اشتراط الملكية على النقل (اما الاول) فلانه اذا صح بيع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصح (واما الثانى) فلان صحة العقد المجاز تتوقف على صيرورة المبيع ملكا له اذ لو لم يصر الدرهم ملكا له كيف يجيز بيعه برغيف ـ و صحة بيع الفرس بدرهم ايضا تتوقف على صحة بيع العبد بفرس (واما الثالث) فلانه اذا صح بيع الفرس بدرهم كما عرفت ـ فصاحب الدرهم صار مالكا للفرس فبيعه الفرس بدينار كان فى ملكه .

ثم انه من جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتى المختلفة مثل مالو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصى مرات ثم العقد على الثمن الكلى او العكس او غير ذلك من الفروض .

كما انه ظهر ما فى اطلاق كلام الشهيد قده من ان العقود الواقعة على المبيع لو اجاز المالك الوسط منها صح وما بعده ـ وفى الثمن ينعكس الامر .

كما انه ظهر ما فى اطلاق كلام المصنف ره من انه لو وقعت العقود من اشخاص متعددة كانت اجازة الوسط فسخا لماقبله واجازة لما بعده وان وقعت من شخص واحد انعكس الامر ـ اذ يرد عليه انه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد مع ذلك يكون اجازة الوسط فسخا لما قبله كما عرفت ـ وكذلك لو فرضنا ترتب العقود فى الثمن الكلى من اشخاص متعددة تكون اجازة لما قبله فالاولى فى بيان الضابط ما ذكرناه فافهم واغتنم ـ

حكم تتابع العقود فى صورة علم المشترى بالغصب

(قوله قده ثم ان هنا اشكالا فى شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشترى بالغصب الخ) اقول منشأ الاشكال هو فتوى الاصحاب

بانه اذا تلف الثمن عند البايع الغاصب لايجوز للمشترى مع علمه بالغصب الرجوع اليه و مطالبته بالمثل او القيمة ـ وعليه ـ فينبغى التكلم فى مقامين ـ الاول ـ فى المنشأ ـ الثانى ـ فيما نشأعنه ـ اما المقام الاول ففيه مسائل.

الاولى فى ان التسليم اليه مملك له اياه او مبيح للتصرفات ـ ام لا ـ فقد استدل للاول بوجهين (الاول) ان الاصحاب حكموا بانه اذا رجع المالك الى المشترى بالمبيع ليس له الرجوع الى البايع باسترداد الثمن ولولا كونه ملكا له كان ذلك منافيا لتسلط الناس على اموالهم (وفيه) مضافا الى عدم تسالم الاصحاب على ذلك بل هناك قولان آخران ـ احدهما الضمان مطلقا ـ ثانيهما الضمان مع بقاء العين ـ ان الاسباب المملكة مضبوطة وليس التسليط بعنوان العوضية منها ـ واما اباحة التصرفات فلابد وان تكون اما بفعل المالك اوبحكم الشارع وشيء منهما ليس فى المقام (الثانى) انهم حكموا بعدم الضمان فى صورة الاتلاف فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا لان اتلاف مال الغير موجب للضمان (وفيه) مضافا الى ماتقدم ان عدم الضمان لازم اعم للملك ولما اذن مالكه فى الاتلاف .

الثانية فى انه هل يجوز الرجوع فى المدفوع مع بقائه ام لا ـ الاظهر هو الاول اما بناءاً على ماعرفت فى المسألة الاولى فواضح ـ واما بناءاً على القول الاخر فكك بناءاً على كون التسليط مبيحا للتصرفات ـ واما على القول بكونه مملكا فلانه لوسلم ذلك كان هبة ويجوز الرجوع فى الموهوب مع بقائه .

المسألة الثالثة فى انه هل يجوز الرجوع الى البدل اذا اتلفه الغاصب ام لا قداستدل للثانى بوجوه (الاول) الاجماع (وفيه) مضافا الى عدم ثبوته كما تقدم انه لم يثبت كونه اجماعا تعبديا (الثانى) ماافاده المحقق النائينى ره ـ و هو ان الضمان اما معاوضى اويدى ـ وشيء منهما لامورد له فى المقام ـ اما الاول ـ فلعلمه بانه ليس المثمن له ـ واما الثانى ـ فلعلم المشترى بكونه غاصبا ولازمه التسليط المجانى فيكون من صغريات قاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده (وفيه) انه انما يدفعه عوضا

عن المبيع لامجاناً فيكون من صغريات مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده (الثالث) ماافاده المتحقق الاصفهاني ره وهو ان اقباضه الثمن اياه ليس اقباضا وفائيا اذ لازم نفوذ المعاملة باجازة المالك اقباضه للمالك فهذا الاقباض الخارجي تسليط منه للغاصب على ماله برضاه واختياره فوضع يده عليه باذن المالك وكذا تصرفاته فلايكون ضامنا با تلافه الثمن (وفيه) ان الاقباض ان كان بعنوان انه مالك اوليوصله الى مالكه لايكون اذناله في التصرف والاتلاف مطلقا - فالاظهر جواز الرجوع اليه في صورة الاتلاف - وبما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ .

واما المقام الثاني فالكلام فيه انما هو على فرض التنزل وتسليم المنشأ - وملخص القول فيه بعد التنبيه على امر وهو ان مورد الاشكال انما هو الثمن الشخصي لا الكلي اذ غاية مايلزم على الثاني صيرورة المدفوع ملكا للغاصب ولكن الثمن يكون باقيا .

انه وقع الاشكال من جهات .

الاولى من جهة البيع الاول الواقع على مال المالك - و تقريب الاشكال من هذه الجهة - و جهان (الاول) ان المشترى العالم بغاصبية البايع يكون مرجع اشترائه منه الى هبة و تملك للمبيع مجانا - اوالى هبة واستنقاذ للمبيع لعدم امكان قصد المعاوضة الحقيقية ولازم ذلك عدم صحة البيع الاول - والجواب عنه ما ذكرناه مفصلا في بيع الغاصب لنفسه (الثاني) ان المشترى مع العلم بالغصبية اذا اقبض الثمن اياه يكون ذلك مملكا وتسليطا مجانيا فيبقى المبيع بلا ثمن (وفيه) مضافا الى ماعرفت من فساد المبنى - انه لو تم فانما يتم على القول بالنقل ولايتم على القول بالكشف اذ عليه يكون التسليط تسليطا على مال الغير وهو لايكون مملكا (مع) انه لايتم لانه لو سلم كونه تسليطا مجانيا فحيث انه على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن وهو كونه مملكا في فرض عدم الاجازة فتدبر .

الثانية من جهة تتابع العقود و حاصله - ان ما دفعه الى الغاصب كالماذون له في اتلافه فاذا اجاز ذلك فباع الثمن الغاصب اواشترى به شيئا فقد خرج عن ملك مالكه

ودخل بدله فى ملك الغاصب على مايقتضيه الأذن فى التصرفات حتى الناقلة اما بدخوله فى ملكه قبل التصرف الناقل وخروجه عن ملكه . اوبخروج الثمن عن ملك المشترى ودخول بدله فى ملك الغاصب على اختلاف المسلكين فى حقيقة البيع - فالبيع الثانى وكذا مابعده من البيوع ليس للمالك اجازته لانه لامعنى لاجازة العقد الوارد على ماملكه عاقده - ولازم ذلك عدم جواز اجازة العقد الاول فى صورة التتابع - لانه يكون البيع بقاء بلاثمن و بعبارة اخرى يكون من قبيل تلف الثمن قبل الاجازة ويرده الاشكالات الثلاثة التى اوردناها على الاشكال من الجهة الاولى .

الثالثة من جهة اجازة غير العقد الاول وحاصله على ماذكره المصنف ره فى ذيل شرح عبارة الايضاح - ان اجازة المالك البيع الثانى الواقع على عوض ماله وتاثيرها فى صحة ذلك العقد من الفضولى تتوقف على ان يكون المبيع ملكا له والا فاجازته اياه اجازة الأجنبى - وكون ذلك المبيع ملكا له يتوقف على اجازته المستلزمة لاجازة العقد الاول الموجبة لدخول المبيع فى ملكه - وهذا دور واضح - (وفيه اولا) ان هذا ليس اشكالا مختصا بصورة علم المشترى بالغصب (وثانيا) انه لايختص تتابع العقود بما اذا اجاز الكل باجازة واحدة فله ان يجيز مترتبا (وثالثا) انه لو اجاز العقد الثانى تنحل اجازته الى اجازتين احداهما متعلقة بالعقد الثانى مطابقة - والاخرى متعلقة بالاول التزاما - وهما متحققتان فعلا ومؤثرتان بالترتيب - فاجازة العقد الثانى توجب اولا دخول الثمن فى ملك المجيز ثم خروجه عن ملكه و دخوله فى ملك المشترى فى العقد الثانى - ولا محذور فى ذلك .

(قوله قده ولو بقى ففيه الوجهان الخ) مبنيان على ان التسليط فى صورة العلم بالغصب تمليك او اذن فى الا تلاف اذ على الاول لا يجوز الرجوع الا من باب جواز الرجوع فى الهبة بغير ذى رحم - وعلى الثانى يجوز .

(قوله قده و يحتمل ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن الخ)

توضيحه - ان العقد انما يؤثر اثرا ناقصا يتم بالاجازة و يزول بالرد فمع سبق هذا

الاثر الناقص لامورد لتأثير تسليط المشترى (وفيه) ان اثر العقدهو الملكية وهی ليست ذات مراتب كی يتحقق بعضها بالعقدوبعضها بالاجازة كماتقدم .

(قوله قده لان اجازة مالك المبيع له موقوفة الخ) هذااشارة الى الاشكال من الجهة الثالثة (قوله قده وكذا الاشكال فی اجازة العقد الواقع الخ)هذا اشارة الى الاشكال من الجهة الثانية .

فی احكام الرد

(قوله قده فی احكام الرد ـ لايتحقق الرد قولا الا بقوله فسخت الخ)

اقول الكلام فی المقام يقع فی موضعين ـ الاول ـ فی الرد الموجب لحل العقد ـ الثانی ـ فی تصرفات المالك قبل الاجازة .

اما الموضع الاول ـ فبعد ماعرفت من تأثير الاجازة بعد الرد و ان الرد لايوجب حل العقد وليس مفاده الاعدم الامضاء لامورد للبحث عن تحققه بای شیء ـ واما على المسلك الاخر ـ فلاينبغی التوقف فی عدم تحققه بالبناء القلبی من غير ان يظهر لكونه من الانشائيات كما لاتوقف فی تحققه بالقول فی الجملة ـ وبالفعل الذی يكون مصداقا للرد ـ انما الكلام فی انه هل يتحقق باللفظ غير الصريح ام لا ـ وقداختار المصنف ره عدم التحقق لاصالة بقاء اللزوم من طرف الاصيل وقابليته من طرف المجيز (اقول) مدرك عدم تأثير الاجازة بعد الرد ان كان هو الاجماع وحيث انه دليل لبی لااطلاق له فيتعين الاقتصار على المتيقن وهو عدم تاثير الاجازة بعد الرد بالقول الصريح واما لو كان المدرك قاعدة السلطنة ـ فبناء على كونها ناظرة الى الاسباب ـ كان المتعين البناء على تحققه بكل لفظ دال عليه صريحا كان ام لم يكن كك .

و اما الموضع الثانی ـ فالكلام فيه يقع فی مقامين ـ الاول ـ فی التصرفات المخرجة عن الملك ـ الثانی ـ فی غير المخرجة .

اما الاول فعلى النقل لا كلام فی انها توجب فوت محل الاجازة بالنسبة

الى المالك ـ فان المال باق على ملكه و تصرف المالك فيه له نافذ شرعا ـ فيسقط العقد عن قابلية التأثير بالنسبة الى المتصرف ـ و كك على الكشف الانقلابي والحكمي (واما) على الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتاخر ـ فقد يتوهم ـ ان الاجازة تكشف عن ملكية الغير من حين العقد فيكون التصرف المخرج واقعا على ملك الغير ـ واوضحه المحقق الاصفهاني ره ـ بان صحة العقدين معا مستحيلة فلابد من رفع اليد عن احد البيعين ـ وحيث انه تؤثر الاجازة في الملكية من حين العقد فلا يعقل اعتبار اتصال الملكية بزمان الاجازة ـ فلا محالة يكون الملكية الى حال العقد كافية في تأثير الاجازة ـ وعليه ـ فالاجازة في المقام صالحة للتاثير ـ ويترتب عليه عدم نفوذ العقد الثاني لوقوعه في ملك الغير ـ وهذا بخلاف العقد الثاني فانه غير صالح للتاثير فان تاثيره دوری لتوقفه على بقاء المال على ملك مالكه حال البيع وهو متوقف على عدم صحة العقد المجاز وهو متوقف على عدم كون المال ملكا له مع انه لا مخرج له عن ملكه الا العقد الثاني فيدور (ولكن) يرد عليه انه يعتبر في تاثير الاجازة حتى على الكشف كون زمام امر البيع بيد المجيز وانه اذا لم يجز يكون المال ملكا له ـ و هذا مع وقوع العقد الثاني مفقود فانه بعد وقوعه وخروج المال عن ملكه ليس زمام امر المال بيده حتى يجيز ـ فالتصرفات المخرجة عن الملك اعم من الناقلة و المتلفة توجب تفويت محل الاجازة بالاضافة الى المتصرف مطلقا .

واما المقام الثاني ـ فالكلام فيه يقع في موردين (الاول) في التصرف المخرج للملك عن قابلية وقوع الاجازة من زمان العقد وبعبارة اخرى التصرف المنافي لملك المشتري من حين العقد (الثاني) في التصرف غير المخرج (اما الاول) فقد مثل له المصنف ره باستيلاد الجارية ـ و اجارة الدابة ـ وتزويج الامة ـ وزاد بعضهم جعل حق للغير في المال كالرهن اقول .

اما الاستيلاد ـ فالحق انه مانع عن تاثير الاجازة من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف ـ اما على الاول فواضح فان الانتقال انما يكون في حال كونها ام ولد ـ واما

على الثاني - فلانه وان كان زمان الملكية من حين العقد وقبل الاستيلاد - الان البيع انما يصير بيعه من حين الاجازة وان كان اثره من قبل فيشمله مادل على عدم جواز بيع الامة المستولدة .

و اما اجارة الدابة فالاقوال فيها ثلثة - الاول - ما في المتن وهو صحة الاجارة و بطلان البيع - الثاني - صحتهما معا والرجوع الى البدل بالاضافة الى المنفعة المستوفاة بالاجارة - الثالث - وقوعهما صحيحاً مع ثبوت الخيار للمشترى (والحق) في المقام ان يقال انه بناء على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث - اما صحة الاجارة فلوقوعها من المالك الفعلى - و اما صحة البيع فلان مورده العين وهي لم تخرج عن ملك المجيز فاجازته اجازة صادرة من اهله واقعة في محله - واما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الاجارة وجهل المشترى فلانه لم يرد اتلاف على ملكه وانما انتقل اليه الملك مسلوب المنفعة ولازم ذلك ثبوت الخيار (واما) بناءاً على الكشف الانقلابى - فلابد من اختيار الثاني - اما صحة البيع والاجارة فلما تقدم - واما الرجوع الى البدل - فلانه اذا انقلب العين وصارت ملكا للمشترى بالاجازة انقلبت المنافع ايضا - وحيث ان المالك اتلفها من حين الاجارة بعقد صحيح لزم الرجوع الى البدل (و اما) على الكشف الحقيقى فالمتعين صحة البيع وبطلان الاجارة اما صحة البيع فلان الاجازة صادرة من اهله - و اما بطلان الاجارة فلكشف الاجازة عن وقوع الاجارة على مال الغير (فتحصل) ان القول الاول لادليل عليه.

واما تزويج الامة فعلى الكشف الحقيقى باطل الا اذا اجاز مالكها لانه تزويج لامة الغير المستكشف ذلك من الاجازة - واما على النقل فالاجازة تكون كبيعها بعد التزويج وبه يظهر حكمها على الكشف الانقلابى.

و امـا مسئلة الرهن فعلى القول بالنقل - يكون الرهن صحيحا وليس للمالك اجازة البيع بعده لكونه ممنوعا من التصرف - وكك على القول بالكشف الانقلابى - واما على الكشف الحقيقى فيمكن البناء على تأثير الاجازة وانكشاف بطلان الرهن

لكونه رهنا لمال الغير فتامل

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشترى

واما المورد الثانى ـ فالكلام فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى انه هل يكون فعل مصداقا للرد كى يصح انشاء الرد به امرلا ـ وقد ذهب المحقق النائينى ره الى الثانى (وفيه) ان تحريك الرأس بعد سؤال السائل انه هل ترد البيع فعل يكون ردا بالحمل الشايع وكذلك الكتابة ـ فهما مصداقان للرد الفعلى (الثانية) فى ان الافعال غير المنافية لملك المشترى هل يتحقق بها الرد ام لا ـ وتلك الافعال على قسمين ـ الاول ـ مايقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولى على ماله ـ الثانى ـ مايقع فى حال عدم الالتفات.

اما القسم الاول فقد ذهب المصنف ره الى تحقق الرد به ـ واستدل له (بصدق الرد عليه فيشمله مادل على ان للمالك الرد مثل ما ورد فى نكاح العبد والامة بغير اذن مولاه كموثق (١) زرارة عن الباقر (ع) عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما ـ ونحوه غيره ـ وما ورد فيمن زوجته امه وهو غائب كخبر (٢) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) عن رجل زوجته امه وهو غائب قال ـ (ع) النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه ـ (وبان) المانع عن صحة الاجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى وهو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد (وبفحوى) الاجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل فان الوجه فى تحقق الفسخ هو دلالته على قصد فسخ البيع ـ فاذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولى.

وفى الكل نظر (اما الاول) فلان غاية ماتدل عليه هذه الادلة انما هو عدم صحة العقد

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

٢ ـ الوسائل ـ باب ٧ ـ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

مع الترك والتفريق ـ ولاتدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تاثير الاجازة بعده الذى هو محل الكلام (مع) انه لو سلم دلالتها على ان له الرد ـ يرد عليه ماذكره ره بقوله ـ الا ان يقال ان الاطلاق مسوق الخ وحاصله انه لا اطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد ولعله يختص بالقول (واما الثانى) فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه احد الطرفين بنحو لا يؤثر اجازته فى انتساب العقد اليه وصيرورته طرفا للعقد (واما الثالث) فلانه يمكن ان يكون نظر المجمعين اوبعضهم فى هذا الحكم الى توقف التصرفات المفروضة على الملك لادلالتها على الفسخ ـ وهذا و ان كان خلاف التحقيق كمانبه ره عليه الا ان مجرد احتمال كون نظرهم الى ذلك يمنع عن التمسك به فى الاصل فضلا عن الفرع (مع) ان الاولوية ممنوعة اذ الدفع و ان كان اهون من الرفع الا ان الرد فى المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد لا من حيث قطع سلطنة المالك ـ فمن تلك الجهة بما ان فسخ ذى الخيار ارجاع للسلطنة والرد فى المقام اعدام لها لا مورد للتشبث بالاولوية هذا كله مضافا الى ان تلك الافعال المفروضة فى حال الالتفات لا تلازم انشاء الرد بها بل تلائم مع عدم الرد مثلا التعريض للبيع يمكن ان يكون للتحر عن مشتر يدفع اكثر مما دفعه المشترى الاول فان حصل دفع اليه والا اجاز بيع الفضولى وعليه فلا تكون كاشفة عن انشاء الرد (فالحق) ان يقال ان منشأ عدم تاثير الاجازة بعد الرد ان كان هو الاجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلي بل ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ فى الرد فالاجازة بعده تؤثر ـ وان كان مدركه دليل (١) السلطنة ـ وقلنا ان له اطلاقا من حيث الاسباب واحرزنا من الخارج انشاء الرد بهذه الافعال ـ كان الرد المانع عن تاثير الاجازة متحققا بالافعال المفروضة والا فلا.

و اما القسم الثانى فالظاهر انه لا يتحقق به الرد لانه من الانشائيات المتقومة بالعقد المفقود مع عدم الالتفات (وما) افتوا به من ان انكار الطلاق رجوع ـ فانما هو للنص (٢) الخاص (مع) انه يمكن تطبيقه على القاعدة بان يقال ان الزوجية بعد الطلاق الى

---

١ ـ البحار ج٢ ـ ص٢٧٢ الطبع الحديث

٢ ـ الوسائل باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق

انقضاء العدة ثابتة ـ والتشبث بها رجوع ـ وانكار الطلاق تشبث بها ـ وعلى كل تقدير لايكون مربوطا بالمقام

(قوله قده ولكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلي اوضح الخ) والوجه في اوضحيته ان مناط صحة تصرف الوكيل اذن المالك ورضاه فلو انكشف عدم رضاه بالتصرف لم يجز التصرف وان لم ينشأ ـ و اما الوصية ـ فهي جزء السبب وجزئه الآخر موت الموصى فلو ارتفع الرضا في الاثناء لم يؤثر لحوق الجزء الآخر من جهة عدم تحقق شرط انعقاد العقد لا من باب تحقق الرد .

حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز

قوله قده مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده فهو والا فله انتزاعه الخ اقول انه لو لم يجز المالك فان كان المال في يده فهو ـ والا ـ فتارة تكون العين باقية واخرى تكون تالفة ـ فان كانت باقية ينتزعها ممن وجدها في يده وله الرجوع الى غيره ممن دخلت تحت يده ـ واما حكم منافعها فقد تقدم في البيع الفاسد ـ وان كانت تالفة ـ فله الرجوع الى كل من دخل المال تحت يده وقرار الضمان انما يكون على من تلفت تحت يده ـ فان رجع الى الفضولي ياتي فيه المباني الخمسة المتقدمة ـ قيمة يوم الغصب ـ او يوم التلف ـ او يوم الدفع ـ او اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع ـ او اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف ـ وان رجع الى المشتري ـ لا يبقى مورد لاحتمال الرجوع اليه بقيمة يوم الغصب او اعلى القيم منه لو كانت القيمة يوم الغصب ازيد من ساير الايام لان العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كي يكون ضامنا لتلك القيمة ـ وبما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية .

حكم رجوع المشتري الى الغاصب

(قوله قده الاولى انه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا الخ)

الكلام في هذه المسألة ـ يقع في موردين (الاول) فيما اذا كان جاهلا بكونه فضوليا

(الثانى) فيماذاكان عالمابه .

امافى المورد الاول ـ فتارة ينكشف عندالمشترى كذب البايع وانه فضولي ـ واخرى ينكشف كذب الاخرويعلم انه مالك ـ وثالثة لاينكشف شيء منهما ـ لااشكال فى جواز الرجوع فى الصورة الاولى ـ وعدم جوازه فى الصورة الثانية (واما) فى الصورة الثالثة ـ فان اقام المالك البينة لكونه ملكاله يجوز الرجوع اليه لانه يصير البيع باطلا بحكم الشارع وبعبارة اخرى تكون البينة حجة فى مثبتاتها فيثبت بها كون البيع بيعا لمال الغير وعدم كون البايع مالكا وكونه فضوليا ويترتب عليه جواز الرجوع ـ وكك لواقر البايع بذلك واما ان كان اخذ المالك المبيع مستندا الى الحلف المردود من البايع فغاية مايثبت به اخذ المبيع ولايثبت به كون البيع واقعا على مال الغير ـ وبعبارة اخرى لايكون الحلف طريقا شرعيا الى كون المال ملكا للمدعى ـ وعليه فلاوجه لرجوعه الى البايع .

واما المورد الثانى فان كان الثمن باقيا استرده ـ لماتقدم من عدم صيرورة المدفوع الى الفضولي و الغاصب بعنوان العوضية ملكاله ـ و على فرض الملكية فغايته كونه هبة و يجوز الرجوع فى الموهوب ـ وقد ذكر المصنف ره وجهين آخرين لجواز الاسترداد (احدهما) انه لوكان التسليط مملكا لزم البناء عليه فى التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد ولايقولون به (وفيه) انه يمكن الفرق بين البابين ـ فان الدفع فى البيع الفاسد انما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة فلايكون مملكا وفى المقام ليس كك فانه ليس بعنوان الوفاء فان الوفاء بالمعاملة يقتضى الدفع الى المالك لاالى الفضولى (ثانيهما) انه لوكان التسليط مملكا لزم عدم صحة الاجازة من مالك المبيع حتى على النقل كما تقدم مع انه لم يشك احد فى الصحة (وفيه) انه يمكن الجواب عنه بماذكره هو قده من انه يمكن ان يكون الدفع تمليكا على تقدير عدم الاجازة ـ وان كان الثمن تالفا ـ فالمعروف انه لايجوز الرجوع ـ وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه ـ وقداستدل لجواز الرجوع وللضمان بوجوه .

احدها ما استند اليه المصنف ره وهو ان اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضمان - نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان ففاسده كك (وفيه اولا) ان هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية فى قبال ساير مقتضيات الضمان بل مدركها عموم على اليد (١) فلابد من ملاحظة تلك القاعدة و المصنف ره حيث منع من دلالة اليد على الضمان فى المقام فلا مورد لتامله و ميله الى الضمان بل افتائه به مستندا اليها (وثانيا) ان هذه القاعدة غاية ماتدل عليه هو الضمان واما ان الضامن هو الغاصب البايع او المالك فلاتدل عليه ان لم تدل على ان الضامن هو المالك لا المجرى للصيغة - والعلم بعدم ضمانه فى المقام من جهة التخصيص اوالتخصص نظرا الى عدم كون العقد عقد المالك فى المقام - لا يوجب صرف الضمان الى البايع الغاصب (وثالثا) ان الفاسد لايصدق على عقد الفضولى بل هو صحيح فاقد لشرط قابل للحوقه.

ثانيها قاعدة الاقدام - وقد تقدم فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد انها و غيرها من القواعد التى عدوها من مقتضيات الضمان لاتكون كك - وانحصار موجب الضمان باليد - والاتلاف وهما فى المقام يقتضيان الضمان (وقد اورد) المصنف على الاستدلال باليد فى المقام بانها وان كانت تقتضى الضمان - الا ان فحوى مادل (٢) على عدم ضمان من استامنه المالك ودفعه اليه لحفظه كما فى الوديعة او الانتفاع به كما فى العارية او استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجرة فان الدفع على هذا الوجه اذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق اولى - (ثم اورد) على نفسه بان التسليط انما يكون فى مقابل العوض (فاجاب) عنه بانه سلطه بازاء مال غيره فلم يضمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه (ثم اورد) على نفسه - بما حاصله - انه

---

١ - المبسوط كتاب الغصب - المستدرك باب - ١ - من ابواب كتاب الوديعة حديث ١٢ سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ -

٢ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام الوديعة - وباب ١ - من ابواب احكام العارية وباب ٣٢ من ابواب احكام الاجارة .

انما سلطه بازاء مال الغير بعد البناء ولو عدوانا على كونه ملكا له وعليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة فهو يسلطه على وجه يضمنه بماله الا ان كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بل بنى المشترى على كون المثمن ملكا للبايع فالتسليط انما يكون فى مقابل ماله حقيقة الا ان كون المثمن مالا له ادعائى (و اجاب عنه) بان المعاملة و التضمين ليست ابتداءاً بين الشخصين - فيكون حقيقة المعاملة تضمين كل منهما للاخر بماله الواقعى و يكون تعلقها بالمالين اعتبارا ثانويا - بل تكون المعاملة ابتداء بين المالين فيجعل احد المالين بازاء الآخر وضمانه به ولازم ذلك ضمان المالك الواقعى و الغاصب انما طبق عنوان المالك الواقعى على نفسه ادعاء ولذلك راى نفسه هو الضامن فى المعاملة - وحيث انه ليس بمالك فلا يكون ضامنا .

اقول يرد عليه قده امور (الاول) ان لازم ماذكره ره من كون التسليط مجانيا - هو جواز تصرفه تكليفا وقد صرح قده قبل ذلك باسطر بعدم جوازه حيث قال وهل يجوز للبايع التصرف فيه وجهان بل قولان اقواهما العدم لانه اكل للمال بالباطل (الثانى) ان ماذكره لو تم فانما هو فى صورة التلف ولا يتم فى صورة الاتلاف - اذ الحكم الثابت فى الاصل انما هو فى صورة التلف لا الاتلاف (الثالث) ان ما افاده يتم فى التضمين المعاملى واما فى الضمان الثابت باليد المختص بما اذا كان وضع اليد على المال لا باذن من المالك فى التصرف فيه مجانا وبلا عوض فلا يتم - فان من تحت يده المال هو الغاصب والتسليط الخارجى لا يكون مجانيا بل انما يكون جريا على المعاوضة الواقعة بينهما فما يدفع الى الغاصب انما يدفع اليه بعنوان كونه مال المدفوع اليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كك فى موارد الاستيمان فالفرق بين المقامين واضح (لا يقال) ان التسليط الخارجى بما انه من الافعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة ليس قابلا للتقييد بالعنوان المذكور فمن ضرب شخصا باعتقاد انه عدو له - فانكشف كونه صديقه وقع الضرب على الصديق لا العدو - ففى المقام التسليط و ان كان بعنوان انه مال المدفوع اليه الا انه حيث يكون فى الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع (فانه يقال)

ان المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجي بما هو كك بل بما انه مبرز للاذن في التصرف فيه واتلافه الذي هو من المعاني الايقاعية المتعلقة بالصور الذهنية وتلك المعاني قابلة للتقييد (فان قلت) انه لايمكن الالتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضي مع المالك اذلازمه جعل ضمانين لمال واحد (قلت) انه لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين (فالمتحصل) من مجموع ما ذكرناه انه لا مخصص لقاعدة اليد والاتلاف - فالاظهر هو الضمان - كما اختاره بعض الاساطين ومال اليه جمع من المحققين - و حرمة التصرف فيه - وان حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد.

(قوله قده نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك الخ) (وفيه) ان عدم تمول العوض في نظر الشارع بل العقلاء لايوجب كون التسليط مجانيا بل هو انما يكون بازاء ما بنى المتعاقدان على انه مال فالتسليط يكون بعوض لامجانا .

(قوله قده وصرح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة الخ) اورد عليه المحقق النائيني ره بان الرشوة ليست من قبيل الثمن وليس مقصود الراشي شراء الدين ولامقصود المرتشي بيعه فلايلازم عدم الضمان في مسألة البيع بلاثمن عدمه في باب الرشوة بل الاقوى ان جهة الضمان فيه هي جهة الضمان في باب الربا - فالشارع كما لم يبح للمالك هذا النحو من السلطنة باعطاء الزيادة في المتجانسين لم يبح له الرشوة على الحكم فعلى هذا لو تلفت عند المرتشي فحيث ان يده يد عدوان يجب عليه المثل اوالقيمه (وفيه) ان الشارع لم يبح الرشوة بهذا المعنى واما الدفع الخارجي ولو في ذلك المقام لو كان تسليطا مجانيا فلم يدل دليل على عدم ترتب اثره وبعبارة اخرى حكم الشارع بحرمة الرشوة كحكمه بفساد البيع وحرمة التصرف في المقبوض بذلك فكما ان ذلك لا ينا في حكمه بعدم الضمان في المورد الثاني لاجل التسليط المجاني كك لاينافي حكمه في الرشوة - فالحق ان حكم الماخوذ رشوة اذا كان بازاء الحكم لاما اذا كان الداعي للاعطاء هو الحكم - حكم المقبوض في المقام وفي باب البيع الفاسد - ثم ان

هذا كله فى صورة الرد.

واما فى صورة اجازة العقد فلا كلام مع عدم قبض الثمن .

و اما فى صورة القبض ـ فقد يكون الثمن كليا . وقد يكون شخصيا و على التقديرين ـ تارة يكون المقبوض باقيا . واخرى يكون تالفا .

فان كان الثمن كليا وكان المقبوض باقيا ـ فان لم يجز الاقباض او اجازه و بنينا على عدم قابليته للاجازة ليس للمالك اى مالك المبيع الا الرجوع الى المشترى ـ لان المقبوض لا مساس له به ـ وان اجاز الاقباض وبنينا علي تأثير الاجازة فيه فله الرجوع الى البايع دون المشترى لان ذمة المشترى برئت من الضمان وماله دخل تحت يد البايع فيراجعه ـ ولا فرق فى هذه الصورة بين القول بالنقل او الكشف (وان) كان الثمن كليا وكان المقبوض تالفا ـ فان لم يجز الاقباض او اجازه وبنينا على عدم تاثيرها فيه فله الرجوع الى المشترى خاصة كما تقدم من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف ـ و ان اجاز الاقباض وبنينا على تأثيرها فيه ـ فعلى القول بان اجازة الاقباض كاشفة عن كون الاقباض من الاول كان اقباضا للمالك كما ان اجازة العقد كاشفة ـ للمالك الرجوع الى البايع فى صورة الاتلاف دون التلف اذ ليس على الامين شىء الا مع فرض الاتلاف وعلى القول بان اجازته ناقلة اما للبناء على النقل مطلقا او فى خصوص اجازة الاقباض و شبهها ـ لا اثر لهذه الاجازة لعدم بقاء المقبوض حتى تصح اجازته فلا بدوان يرجع الى المشترى خاصة.

وان كان الثمن شخصيا وباقيا واجاز الاقباض وبنينا على تأثيرها ـ له الرجوع الى البايع خاصة من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف ـ و ان لم يجز الاقباض اواجازه وبنينا على عدم تأثيرها ـ فله الرجوع الى كل منهما اى البايع والمشترى على المسلكين ـ اما رجوعه الى البايع فلكون ماله تحت يده واما رجوعه الى المشترى فللزوم التسليم عليه (و ان) كان الثمن شخصيا وتالفا ـ فبناء على النقل مطلقا او فى خصوص اجازة الاقباض لايبقى موردلاجازة الاقباض فينفسخ العقد لان كل مبيع تلف قبل

قبضه فهو من مال صاحبه فتامل - واما بناءأعلى القول بالكشف حتى فى الاجازة واجاز الاقباض - فليس للمالك الرجوع الى البايع ولاالى المشترى - اما عدم الرجوع الى الاول فلانه امين - واماعدم رجوعه الى الثانى فلتسلمه الثمن - نعم - فى فرض الاتلاف يرجع الى البايع .

فتحصل انه فى بعض الفروض يرجع الى اى منهماشاء وفى بعضهالايرجع اليهما - وفى بعضها يرجع الى المشترى فقط وفى بعضها الى البايع - وفى بعضها يبطل العقد .

فى الغرامة التى غرمها المشترى

(قوله قده المسالة الثانية ان المشترى اذا غترم للمالك غير الثمن فاما ان يكون من مقابل العين الخ) المراد من الاغترام للمالك اعم ممايدفع اليه اويصرف فى اصلاح ملكه - اولدفع النوائب عنه (وعليه) فهوعلى اقسام (الاول) ما يكون فى مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن الذى اشترى به اذارجع بها المالك على المشترى - كمالو اشترى المبيع بعشرة - واخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين فى يده (الثانى) قيمة المنافع المستوفاة (الثالث) مايغرمه فى مقابل المنافع غير المستوفاة (الرابع) مايغرمه من جهة حفر اونفقة اوقيمة ولد ونحو ذلك (ثم ان) محل الكلام فى المقام - ليس الا رجوع المشترى الى البايع بعد رجوع المالك اليه واما رجوع المالك الى المشترى فهو مفروغ عنه فى هذا البحث - كما ان محل الكلام صورة الرد دون الاجازة .

ثم ان الكلام تارة يقع فى صورة العلم بالفضولية و اخرى فى صورة الجهل بها (امافى الاولى) فالظاهر انه لاخلاف بينهم فى عدم رجوع المشترى الى البايع - لعدم الدليل عليه - وقد يقال انه يستثنى من ذلك موردان - الاول - ما اذا ادعى البايع الاذن من المالك - الثانى - ما اذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات اذا لم يجز المالك (اقول) اما فى المورد الاول - فمجرد دعوى الاذن لايوجب الاستناد اليه كى يصح دعوى الغرور - واما فى المورد

الثاني - فان كان الالتزام على الوجه الشرعي فهو الموجب للرجوع والافلاموجب له.

واما في الصورة الثانية - فقبل بيان حكم الاقسام لابدمن بيان القواعد التي استندوا اليها في الحكم في المقام - منها قاعدة (١) نفي الضرر حيث ان الحكم بعدم رجوع المشتري الى البايع ضرر عليه فتنفيه القاعدة (وفيه اولا) ماحقق في محله - من ان قاعدة نفي الضرر نافية للاحكام ولاتصلح لاثبات الحكم فلايمكن اثبات الضمان بها (وثانيا) ان الحكم بضمان البايع ضرر عليه فيتعارض الضرران - فالاظهر انه لامورد لها في المقام.

ومنها قاعدة التسبيب - اى قوة السبب على المباشر - واستدلوا لها بالاجماع المحكي عن الايضاح على تقديم السبب على المباشر اذا كان اقوى و بقاعدة الاتلاف (٢) (اقول) ان المتيقن من معقد الاجماع ومايستفاد من القاعدة انما هو فيما اذا لم يتوسط بين فعل الفاعل والاثر المترتب عليه فعل فاعل مختار (توضيح ذلك) ان السبب على اقسام ثلاثة (الاول) ما اذا كان الفعل مستندا الى السبب دون المباشر و يكون المباشر غير مختار ولم يصدر عنه الفعل باختياره - وفي هذا القسم يتم ماذكر والدليلان يدلان على الضمان على السبب (وعد) المحقق النائيني ره من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود الزور وفعل المكره باكراه الجائر - نظرا الى ان الفعل لايستند الى المباشر شرعاً لكونه واجبا عليه (وفيه) ان الوجوب الشرعي لايوجب رفع الضمان - الاترى - انه لو اضطر الى اكل مال الغير ووجب عليه ذلك حفظا للنفس لايحكم عليه بعدم الضمان بل هو ضامن - ففي مسألة المكره للمالك الرجوع الى المكره بالفتح - نعم - في مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع اليه للنصوص الخاصة (الثاني) ما اذا كان السبب محدثا للداعي للمباشر من دون ان يستند الفعل الى السبب كمن علم غيره طريق سرقة الاموال و في هذا القسم لاوجه للضمان على السبب والوجهان لايدلان عليه (الثالث) ما اذا كان الفعل مستندا الى المباشر - و الضمان المترتب عليه مستندا الى السبب كمن قدم الى غيره طعاما لياكله مجانا فتبين عدم كون الطعام له - وفي هذا القسم وان كان المتجه

١- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٢-و٥

٢- قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار -

الضمان ولكن لا لما تقدم من الاجماع و قاعدة الاتلاف فانه بعد فرض استناد الفعل الى المباشر لايكون السبب متلفا ولايكون الاجماع عليه تعبديا - بل لقواعد اخر - فاتضح ان قاعدة التسبيب من حيث هى لاموضوعية لها .

ومنها قاعدة الغرور، واستندوا فيها الى امور (احدها) الاجماع (ثانيها) قاعدة (١) نفى الضرر - نسب ذلك الى الرياض (ثالثها) قاعدة الاتلاف من باب قوة السبب على المباشر (رابعها) قاعدة الا تلاف بالاضافة الى الخسارة الواردة على المغرور - و شىء من هذه الوجوه لايتم اما الثلاثة الاولى فلما تقدم واما الاخير - فلان خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان من جهة الا تلاف الاختيارى للمشترى غير المستند الى البايع كما تقدم - (فالصحيح) ان يستدل لها بوجهين آخرين (احدهما) النبوى المعروف (٢) المغرور يرجع على من غره - المعمول به بين الفريقين (ثانيهما) استنباطها من النصوص الخاصة الواردة فى الموارد الجزئية مع اشتمال بعضها على التعليل - كخبر (٣) رفاعة قضى امير المؤمنين (ع) فى امرئة زوجها وليها وهى برصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر على الذى زوجها وانما صار المهر عليه لانه دلسها - وفى خبر (٤) اسمعيل بن جابر فى الرجل أعجبته امرأة فاتى اباها فزوجه غيرها فولدت منه ثم علم انها غير ابنته وانها امة - قال (ع) ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل وعلى الذى زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه ونحوهما غيرهما - (وهى) وان وردت فى النكاح - الا انه لما فيها من عموم العلة يتعدى عن النكاح الى غيره - فالحق ثبوت هذه القاعدة (نعم) تختص بناءاً على ذلك بما اذا كان الغار عالما - واما اذا كان جاهلا - فلاتكون هذه القاعدة ثابتة - وذلك لان

---

١ - الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار

٢ - رواه المحقق الثانى فى حاشية الارشاد

٣ - الوسائل باب ٢ من ابوب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ٢

٤ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ١

الغرور ليس بمعنى الجهل لانه بهذا المعنى لازم لايكون له اسم الفاعل و المفعول بل هو بمعنى الخدعة والتدليس - ولااشكال فى ان البايع اوغيره الموجب للخسارة اذا كان جاهلا - لايكون مدلسا و لايكون فعله خدعة فلايشمله النبوي - ولاالنصوص الخاصة (وبما ذكرناه) ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه بقوله - ولافرق على الظاهر بين كون الغار عالما اوجاهلا وما يحتمل او يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى (ثم انه) ربما يستدل لهذه القاعدة - بالنصوص (١) الواردة فى شاهد الزور الدالة على انه يرجع اليه اذا رجع من شهادته - ولكنه فاسد - وذلك لوجهين (الاول) انها تدل على الرجوع ابتداءً الى شاهد الزور - لانه يرجع الى الحاكم وهو الى الشاهد فلا ربط لها بهذه القاعدة (الثانى) ان فى ذلك الباب خصوصية وهى ان المباشر وهو الحاكم يجب عليه الحكم على طبق الشهادة ومع احتمال دخلها لاسبيل الى دعوى التعدى والغاء الخصوصية.

اذا عرفت هذا فاعلم - ان المعروف بين الاصحاب رجوع المشترى الى البايع فى الغرامة التى لم يحصل له فى مقابلها نفع - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - واستدل له - بالاجماع - وبقاعدة نفى الضرر - وقدمر ما فيهما (فالصحيح) ان يستدل له (بقاعدة) الغرور - و بصحيح (٢) جميل عن الصادق (ع) فى الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية - قال(ع) ياخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التى اخذت منه - اذ حرية الولد اما ان تعد نفعا عائدا الى الاب اولا - وعلى التقديرين يثبت المطلوب اما على الاول فبالفحوى اذ لو ضمن الغار فى صورة عود النفع الى المغرور فبالاولى فى صورة عدمه - واما على الثانى فواضح .

وعن صاحب الحدائق عدم الرجوع اليه . و استدل له - بخبرى (٣) زرارة و

١- الوسائل -باب ١١ - من كتاب الشهادات

٢-٣-الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٥-٢

زريق (١) الساكتين عن حكم رجوع المشتري الى البايع مع كونهما في مقام البيان - فان ذلك آية عدم الرجوع (وفيه اولا) ان خبر زرارة ساكت عن الرجوع في مااغترمه في مقابل المنافع المستوفاة فلامساس له بمسألتنا - وذيل خبر-زريق - متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي اغترمها في اصلاح المعيشة من قيمة عرس اوبناء او نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها الى المالك فهو يدل على خلاف المقصود (وثانيا) ان السكوت في مقام البيان يكون دليلا - لامطلقه وفي المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لافي مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري الى البايع (وثالثا) ان السكوت في مقام البيان غايته الظهور في عدم الرجوع وهو لايصلح لان يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع (ورابعا) انه لو سلم التعارض يتعين تقديم الصحيح لوجوه لاتخفى.

(قوله قده فالظاهر علم المشتري الخ). (وفيه) ان مجرد علم المشتري بكون القاضي من المخالفين لا يوجب العلم بالفساد بعد احتمال كون المعيشة له نفسه - فلا دليل على كون المشتري عالما بالفساد فتدبر.

و اما الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة اليه - ففيها قولان - قد استدل المصنف ره و غيره للرجوع بوجوه (منها) قاعدة لاضرر (وفيه) مضافا الى ماتقدم ان الغرامة المقابلة للنفع الواصل اليه لاتكون ضررا - وبعبارة اخرى ان الضرر هو النقص المالي او البدني او العرضي - والنقص المالي الذي يقوم مقامه مايسد مسده ليس بنقص مالي عند العرف - ففي المقام بما ان الغرامة انما تكون في مقابل ما وصل اليه من النفع لايعد ضررا فتدبر (ومنها) قاعدة التسبيب - وقدمر عدم كونها قاعدة مستقلة الا اذا كان السبب بحيث يستند التلف اليه عرفا - والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا (ومنها) النصوص الواردة في شاهد الزور - وقدمر انها اجنبية عن المقام (فالاولى) ان يستدل له بقاعدة الغرور - فان الميزان فيها هو التغرير سواء

---

١ - الوسائل باب ٣ من ابواب مايكتسب به حديث ١

استو فى المغرور نفعا كاكله الطعام او لم يستوف اصلا (وبصحيح) جميل المتقدم بناء على ان مورده الغرامة التى تكون بازاء المنفعة كما تقدم - اما لان الحرية نفع عائد الى الاب اولان الولد نفسه منفعة له وان لم تكن منفعة مالية - ثم ان قاعدة الغرور وان اختصت بصورة علم البايع - الا ان مقتضى اطلاق الصحيح - عدم الفرق بين صورة العلم و الجهل وبماذكرناه ظهر حكم مايغرمه فى مقابل المنافع غير المستوفاة .

واما الغرامة التى يغرمها فى مقابل العين فبالنسبة الى المقدار الذى جعل ثمنا اذا لم يكن دفع الثمن الى الفضولى لايرجع الى البايع لان هذه الغرامة لم ينشأ من تغرير البايع لانه لو فرض صدق البايع فى دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة (وماذكره) السيد الفقيه قده فى وجه الرجوع بقوله انه لم يقدم على هذه الغرامة وانما اقدم على دفع الثمن والمفروض عدم امضاء الشارع له (يردعليه) ان الرد الى المالك اوالبايع لايوجب الفرق فى عدم صدق الغرور بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضا عن المال التالف .

و اما فى المقدار الزايد كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف فاخذ منه المالك عشرين - فقدذهب المصنف ره تبعا لغيره من الاساطين الى انه يرجع الى البايع فى المقدار الزايد - لقاعدة الغرور (واورد عليه) بان الاقدام والغرور لايجتمعان و لذا لايرجع على البايع بالمسمى - وعليه - فاذا بنينا على ان مقتضى اقدام المشترى ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك كما هو المدرك للضمان فى كل عقد فاسد يضمن بصحيحه لاوجه للرجوع الى البايع حيث لاتغرير - و ان قيل انه لايكون مقدما على الضمان بتمام القيمة لما كان وجه لضمانها للمالك - وبعبارة اخرى - ان كان مقدما على الضمان بالقيمة الواقعية لامورد لقاعدة الغرور - والافلا وجه لاصل الضمان .

واجاب عنه المصنف ره بجوابين (الاول) ان الاقدام انما يكون على المسمى و لااقدام على غيره - فبالنسبة الى ما لااقدام عليه يكون قاعدة الغرور جارية بلامانع - ولكن الاقدام على المسمى سبب شرعا الضمان تمام القيمة فضمان التمام ليس مقدما عليه

لينافى الغرور - بل اثر الاقدام على المسمى ضمان تمام القيمة وتبعه فى هذا الجواب غيره من الاساطين (وفيه) انه اذا كان مدرك الضمان هو الاقدام كما هو مبنى الاشكال لاوجه للقول بالضمان بالنسبة الى تمام القيمة مع كون الاقدام على المسمى الا اذا ورد دليل على ان الاقدام على شيء سبب لضمان شيء آخر و المفروض عدمه فعلى هذا المبنى لا مدفع لهذا الايراد (الثانى) وهو الحق - وهو منع المبنى - لان مدرك الضمان فى المقام وغيره من المقبوض بالعقد الفاسد انما هو اليد - وهى تقتضى الضمان بتمام القيمة - والغرور يوجب رجوع المغرور الى الغار فى المقدار الذى غرر فيه - فبالنسبة الى المقدار الزايد و ان كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك الا ان مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها الى البايع - (ثم انه) مما ذكرناه ظهر انه انما يرجع اليه فى صورة علم البايع - واما فى صورة جهله فلا يرجع اليه لعدم صدق الغرور.

(**قوله قده فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى الخ**) هذا اذا كان المدرك قاعدة نفى الضرر - والا فموضوع الغرور حاصل فيهما على حد سواء.

(**قوله قده فالحكم بالرجوع فيه اولى الخ**) وجه الاولوية ان هناك كان يحتمل ان الاقدام على الضمان بالمسمى اقدام على الضمان بالقيمة الواقعية - و هذا غير محتمل فى المقام لان ما يتجدد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدما على ضمانه

(**قوله قده و اما ما يغرمه بازاء اوصافه الخ**)وقد فصل المصنف ره بين وصف الصحة وغيره من الاوصاف والتزم بعدم الرجوع فى وصف الصحة نظرا الى مقابلته بجزء من الثمن - والرجوع فى غيره من الاوصاف كما لو كان عبد كاتبا فنسى الكتابة عند المشترى فرجع المالك عليه بالتفاوت لانه لم يقدم على ضمان ذلك (اقول) يقع الكلام فى مقامين (الاول) فى الفرق بين وصف الصحة و غيره من الاوصاف (الثانى) فى انه هل يرجع الى البايع فيما يغرمه بازاء الاوصاف ام لا.

اما المقام الاول فالاظهر عدم الفرق بينهما - وان شيئا منها لا يقسط عليه الثمن - و ان كان يصير موجبا لزيادة قيمة الموصوف ولا فرق فى ذلك بين وصف الصحة وغيره

والشاهد عليه ثبوت الخيار فى تخلف الوصف ـ وثبوت الارش فى خيار العيب لا يدل على مقابلته بالثمن والالزم ان يرد البايع جزء من الثمن .

واما المقام الثانى ـ فالاظهر خلافا للسيد الفقيه ره وغيره عدم الرجوع لعدم تغرير البايع اياه وقد اقدم المشترى على ان الخسارة المتوجهة اليه من ناحية الوصف تكون عليه و هذا يمنع عن صدق الغرور ـ نعم الاوصاف التى توجد فيما بعد و تتلف حيث انه لم يقدم على ضمانها له الرجوع فيها اليه .

(قوله قده ثم ان ماذكرنا كله ـ انما هو اذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهة كون البايع غير مالك اما لو كان فاسدا الخ) وقد استدل المحقق النائينى ره لاختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذى يكون قابلا للصحة باجازة المالك ـ بان العقد الفاسد من جهة اخرى الضمان الحاصل فيه لا يكون مستندا الى التغرير فان الفساد من جهة اخرى هو اسبق العلل فلا يكون البايع غير مالك هو منشأ الفساد ولا المجموع بالتشريك لان العقد الفاسد من جهة كون البايع غير مالك بمنزلة وجود المانع والفاسد من جهة اخرى بمنزلة فقد المقتضى فلا محالة يستند الفساد الى عدم المقتضى لا الى وجود المانع (وفيه) ان سبب الضمان بعد عدم العقد الصحيح هو اليد ـ سواء اكان عدم الصحة لا ختلال شرط من شروط العقد او كان لاختلال ساير الشروط ـ و التغرير سبب للرجوع لا للضمـان فلا يكون التغرير وسبب الضمـان مقتضاهما متحد احتى يشتركا فى التاثير او يكون التاثير للاسبق منهما (فالاولى) ان يستدل له فيما اذا كان المشترى عالما بالفساد من ناحية اخرى ـ بان التغرير المساوق للتدليس والتخديع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضمان فمع علمه بذلك وانه يكون ضامنا على كل حال كان البايع مالكا ام لا ـ لا يصدق هذا العنوان فلا وجه للرجوع .

تعاقب الايدى

(قوله قده ثم انه قد ظهر مما ذكر ناه ان كلما يرجع المشترى به على البايع اذا رجع اليه فلا يرجع البايع الخ) الكلام يقع فى مقامين (الاول) حكم المالك

بالاضافة الى كل واحدمنهم (الثانى) حكم كل واحد منهم بالاضافة الى الاخر .

اما المقام الاول فقداورد على ضمان كل من دخل المال تحت يده بماحاصله انه ان اعتبرشيء واحد فى الذمم يلزم استقرار الواحد فى محال متعددة ـ وان التزم بتعدد مافي الذمم يلزم ان يكون لشيء واحدابدال متعددة مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد (والحق فى الجواب) عن هذه الشبهة ان يقال ان الكلام تارة فى الحكم الوضعى واخرى ـ فى الحكم التكليفى .

امامن حيث الحكم الوضعى (فان قلنا) بان معنى ضمان العين كونها فى عهدة الضامن كما قويناه لامحذور فى تعدد الضامن فان الشيء الواحد فى المحال المتعددة اعتباراً ككونه فى الاذهان المتعددة بتعدد صوره لا محذور فيه والعهدة ليست الامحلا اعتباريا ـ وحيث ـ انه واحد فلامحالة يسقط عن جميع الذمم باداء واحد منهم (وان قلنا) بان ضمان العين انما هو ثبوت بدلها فى الذمة فان قلنا بان فى ذمة كل واحد حصة من الطبيعى غير مافى ذمة الاخر ـ لزم ثبوت ابدال عديدة لشيء واحد واما ان قلنا بان الطبيعى بنفسه فى ذمة كل واحد من دون ان يصير حصة ـ او قلنا بان حصة منه فى ذمة كل واحد من جهة انه وجود اعتبـارى لا محذور فى الالتزام بشيء من ذلك ـ فلا يلزم هذا المحذور ايضا .

واما من حيث الحكم التكليفى فالكلام فيه هو الكلام فى الوجوب الكفائى لانه احد مصاديق ذلك وقد حققنا فى الاصول امكانه فلامحذور اصلا.

واما ما افاده المصنف ره فى الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله ـ ان الذمم المتعددة تشتغل بواحد على البدل نظير الواجب الكفائى فى العبادات (فيردعليه) انه فى الواجب الكفائى لايكون الوجوب متوجها الى احد الافراد على البدل فان ذلك غير معقول بل الوجه المعقول هناك توجه التكليف الى الجميع لكن مشروطا بعدم اتيان الاخرين ـ وهذا لايمكن الالتزام به فى المقام فانه اما ان يلتزم بتقييد اشتغال كل ذمة بعدم اشتغال الاخرى ـ اويلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الاخر ـ اويلتزم

بتقييده بعدم اداء الاخر - ولازم الاول انتفاء الاشتغال رأسا لو كان الشرط عدم الاخر مقارنا له - وثبوت الاشتغالين معا لو كان الشرط عدم الاخر بالعدم السابق و همـا كماترى - ولازم الثانى ثبوت الاشتغالين و بدلين عند عدم مطالبتهما - ولازم الثالث استحقاق المالك لابدال متعددة لوادى الجميع مـافى ذممهم كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتفق الكل على الامتثال فى الواجب الكفائى مع ان المالك لايستحق فى شيء من الحالات الابدلا واحدا .

و اما الالتزام بان الخطاب بالنسبة الى غير من بيده التلف تكليفى لا وضعى كماعن بعض الاعاظم (فيردعليه) انه لاوجه له بعد كون نسبة على اليد اليهما على حد سواء .

(قوله قده نعم لواتلف بفعله رجع لكونه سببا لتنجز الضمان الخ)
و فيه ان الضمان فى صورة التلف ايضا كك - فان من تلفت العين تحت يده كان يتمكن من ردها الى صاحبها فبـامساكه المبيع استقر الضمان على السابق (مع) ان سببية شخص لضمان آخر لايوجب ضمانـه اذالسبية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان .

(قوله قده وضمان عهدة العوضين لكل من البايع الخ) يعنى ضمـان شخص ثالث عن البايع للمشترى عهدة الثمن اذا خرج المبيع مستحقا للغير - اوضمانه عن المشترى للبايع عهدة المبيع اذا خرج الثمن مستحقا للغير (واورد عليه) المحقق النائينى ره وتبعه غيره بان هذا ليس نظير اللمقام - اذ مع بقاء المضمون وعدم الامتناع ليس المكلف بالرد والضامن الاالمضمون عنه - و مع التلف او الامتناع لاتشتغل الاذمة الضامن (و فيه) انه فى صورة البقاء للمشترى الرجوع الى الضامن كما له الرجوع الى المضمون عنه ليتحصل ماله ويعطيه بمقتضى دليل ثبوت الضمان وتحققه - كمانه - فى صورة التلف له الرجوع الى المضمون عنه لحصول التلف تحت يده

وبعبارة اخرى بمقتضى (١) على اليد ـ وفى خصوص باب الدين نلتزم بانه لايرجع الى المضمون عنه للادلة الخاصة الاتية فى محلها غير الشاملة للمقام.

(قوله قده وضمان الاعيان المضمونة الخ) الكلام فى ضمان الاعيان المضمونة كما لو ضمن عن المستعير فى العارية المضمونة او ضمن فى مورد الغصب او المقبوض بالعقد الفاسد ـ هو الكلام فى ضمان عهدة العوضين اشكالا وجوابا.

(قوله قده وضمان الاثنين لواحد الخ) اورد عليه المحقق النائينى ره بانه لايصح ضمان الاثنين عن الواحد بنحو الاستقلال لعدم معقوليته (ولكن) حيث عرفت امكان ذلك ثبوتا ـ فلا محذور فى الالتزام به بعد شمول ادلة صحة الضمان له.

(قوله قده واما حال بعضهم بالنسبة الى بعض ـ الوجه فى رجوعه هو ان السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق الخ) هذا هو المقام الثانى من البحث ومحصل الاشكال فى المقام ـ ان الاصحاب حكموا فى صورة توارد الايدى انه لو تلفت العين يكون قرار الضمان على من تلفت العين فى يده ـ ولو رجع المالك الى السابق يرجع هو الى اللاحق و لايرجع اللاحق الى السابق الا اذا كان هناك غرور فان المغرور يرجع الى من غره ـ مع اشتراكهما فى سبب الضمان ووحدة نسبة على اليد اليهما واجابوا عن ذلك باجوبة.

الاول ما افاده المصنف ره (و حاصله) ان السابق بمجرد وضع يده يصير ضامنا بحيث يكون بدل العين على تقدير التلف على ذى اليد ـ فتصير العين بذلك مضمونة بالقوة ومتحيثة بهذه الحيثية فيد اللاحق واردة على عين لها بدل فضمانها ضمان عين لها بدل و مرجع ذلك الى ضمان العين وبدلها على سبيل البدل اذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البدل عن كونه بدلا ـ و بهذا التقريب يندفع جملة من الاشكالات التى اوردها بعض المحشين ـ منها ـ انه ما الوجه فى ضمان البدل و لم يدل دليل عايه ـ اذ قد عرفت ان ضمانه مقتضى البدلية ـ ومنها ـ ان لازمه جواز رجوع

ـ١ ـ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ ـ سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠

السابق الى اللاحق قبل دفع البدل ـ اذ البدل طولى لاعرضى ـ ولكن يرد عليه ـ امور (الاول) ان الضمان عبارة عن كون العين فى العهدة حتى بعد التلف كما تقدم تحقيقه فلايكون لها بدل (الثانى) ان الانتقال الى البدل على القول به ليس قبل التلف بل من حينه وفى ذلك الحين يشتغل جميع الذمم بالبدل فى عرض واحد بلاسبق و لحوق (الثالث) ان لازم ماذكره انه لودفع العين اللاحق الى السابق بعد اخذه منه وتلفت عنده له الرجوع الى اللاحق اذ اللاحق اشتغل ذمته بماله بدل و بعد عود المال الى السابق لايصير ضامنا لشىء لضمانه قبله .

الثانى ما عن صاحب الجواهر ره ـ وهو ان من تلف العين تحت يده ذمته مشغولة للمالك بالبدل وان جازله الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشغلت ذمته به فيملك ح من ادى بادائه ما للمالك فى ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية (وفيه) ان هذا يبتنى على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد وقد عرفت ضعف المبنى .

الثالث ما عن السيد الفقيه ره وهو ان العين التالفة تكون باقية على ملك مالكها و لذا يصح الصلح عليها واحتسابها خمسا او زكاة ـ وما يدفعه السابق الى المالك يكون عوضا عنها ومقتضى العوضية خروج العين التالفة عن ملك مالكها وصيرورتها ملكا للدافع ـ فيكون هو مثل المالك فى جواز الرجوع الى اللاحقين (ثم اورد) على نفسه بان لازم ذلك جواز رجوع اللاحق الى السابق ايضا لان المفروض انه قام مقام المالك (واجاب) عنه بان الوجه فى عدم جواز رجوعه اليه انه السبب فى ضمان السابق بمعنى استقرار العوض فى ذمته (وفيه) ما تقدم من ان السببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان وعليه فلا فرق بين السابق و اللاحق (مع) ان ما يدفعه الدافع الي المالك انما يكون غرامة و بدلا عن ماله من جهة ان مالية العين تلفت فمقتضى التغريم ان يحفظ ماليتها بدفع مال ولا يكون بدل ملك عن ملك و بعبارة اخرى لايكون بدلا عن العين فى الملكية كى يتوقف على تبديل اضافة الملكية من الطرفين .

الرابع ما استند اليه جماعة منهم المحقق الخراسانى ره على اختلاف بينهم فى التعبير (وحاصله) انه فى باب التغريمات المتبع هو الطريقة العرفية الممضاة شرعا ومن المعلوم لمن

راجع العرف والعقلاء انهم يفرقون بين دخول العين فى العهدة ابتداء أو دخولها فى العهدة بعدما كانت داخلة فى عهدة اخرى -ويرون - انه على الاول اداء بدل العين - وعلى الثانى - اداء بدل العين للمالك وبدل مايؤديه السابق له على البدل - فمقتضى الاول الخروج عن عهدة العين - ومقتضى الثانى الخروج عن عهدة العين وعن عهدة عهدتها (اقول) هذا احسن مايمكن ان يقال فى وجه جواز الرجوع (نعم) لابد من تقييده بما اذا لم يكن يد اللاحق مجانية وغير معاوضية - والا - فليس بناء من العقلاء على الرجوع - مثلا لو غصب زيد من عمرو شيئا فوهبه لبكر ثم تلف تحت يده لو رجع المالك الى الغاصب ليس له الرجوع الى بكر وهو واضح .

(قوله قده مع انه لايكاد يفهم الفرق بين ماذكره من الخطاب بالاداء الخ) هذا الايراد مبنى على مسلك المصنف ره من انتزاعية الاحكام الوضعية عن الاحكام التكليفية واما على المسلك الاخر فالفرق بينهما واضح (اللهم) الا ان يقال ان نظره الشريف الى عدم الفرق بينهما من هذه الجهة ليصح رجوع من وجه اليه الخطاب التكليفى الى من وجه اليه الخطاب الوضعى ولايصح رجوع صاحبه اليه ومقتضى القاعدة عدم جواز رجوع كل منهما الى الاخر .

(قوله قده غرم للمالك بدل الحيلولة الخ) قد تقدم الكلام فى بدل الحيلولة فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد مفصلا فراجع ماحققناه .

(قوله قد و لايرتفع سلطنة المالك الخ) و الوجه فيه ان كل و احد ممن وضع يده على المال يكون ضامنا و يجب عليه اداته الى صاحبه وتمكن المالك من الاسترداد من الثانى لايسقط وجوب الرد عن الاول .

(قوله قده نعم ليس للمالك اخذ الخ) الحق هو التفصيل بين ما اذا لزم من مباشرة غير المالك التصرف فى المال - وبين ما اذا لم يلزم منها ذلك - فللمالك اخذ مئونة الاسترداد ليباشر بنفسه فى الاول دون الثانى - فانه فى الاول للمالك ان يمنع من التصرف فى ماله - ولاسبيل الى ان يقال ان وجوب رد مال الغير اهم من حرمة التصرف فيه فيقدم عليها

ـ فان ذلك فیما اذا کان ذلك مقدمة منحصرة لافی مثل المقام الذی یمکن الرد بغیر التصرف ـ وفی الثانی ـ لاوجه لالزامه الغاصب بالرد بطریق مخصوص بل هو مختار فی ذلك.

(قوله قده ولو لم یقدر علی استردادها الا المالك الخ) الحق ان الا وجه هو الاخیر ـ فانه اذا کانت الاجرة هی المتعارفة للاسترداد نفس دلیل وجوب الرد یکفی فی الدلالة علی وجوب بذل الاجرة لکونه مقدمة للرد الواجب (واما) اذا کانت زایدة عن ما تعارف اخذه للاسترداد ـ فلایجب البذل لعموم حدیث لاضرر و تمام الکلام فی مبحث المقبوض بالعقد الفاسد .

بیع الفضولی مال نفسه مع مال غیره

(قوله قده لو باع الفضولی مال غیره مع مال نفسه الخ) لایخفی ان ما افاده المصنف ره من انه لاریب فی الصحة علی القول بصحة بیع الفضولی ـ والحکم بظهور الصحة علی القول ببطلانه ـ قابل للمناقشة ـ فان جمیع ما ذکر وجها للبطلان تجری علی القول بصحة بیع الفضولی ـ نعم ـ علی القول بصحته و کون الاجازة کاشفة بنحو الشرط المتاخر وتحققها لایجری شیء من تلك الوجوه کما ستعرف و کیف کان فیشهد للصحة فی المملوك علی جمیع التقادیر مضافا الی الاجماع صحیح (۱) الصفار عن ابی محمد العسکری (ع) لایجوز بیع مالیس یملك وقد وجب الشراء من البایع علی ما یملك (بل) العمومات الدالة علی صحة العقود کالایة الشریفة(۲) تدل علی الصحة فیه ـ وقد ذکروا فی وجه عدم الشمول امورا .

منها ان البیع امر واحد بسیط ـ فاما ان یکون هذا الواحد مشمولا للعمومات فلازمه الصحة فی جمیع اجزاء المبیع ـ او لایکون مشمولا لها فلازمه البطلان فی الجمیع وعلی التقدیرین لاوجه للتفکیك بین الاجزاء صحة وفسادا ـ(وحیث) انه لایمکن الالتزام بالاول و الالزم خروج المال عن ملك مالکه بلا رضاه فیتعین البناء

۱ـ الوسائل ـ باب ۲ـ من ابواب عقد البیع وشروطه
۲ـ المائدة ـ آیة ۲

على البطلان فى الجميع (وفيه) ان البيع اى الانشاء وان كان واحدا - الا ان ماتضمنه من التمليك يكون متعددا حقيقة لتعدد الملكية بتعدد المملوك فاذا تعددت الملكية يتعدد التمليك لامحالة لان الايجاد والوجود متحدان حقيقة - واحد التمليكين يكون مشمولا للعمومات وهو ماتعلق بماله دون الاخر فيصح هو دون صاحبه (و ان شئت قلت) ان الانشاء واحد صورة ومنحل الى انشائات متعددة حسب ماللمنشأ من الافراد - ومما يشهد للانحلال مضافا الى ظهوره على ماعرفت انه لو انضم الى مايصح بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه و باعهما بانشاء واحد لم يتوهم احد صحة هذا البيع مستندا الى ان دليل النهى لايشمل مثل هذا البيع لعدم كونه متعلقا به استقلالا فان المتعلق المجموع من حيث المجموع - مع - ان لازم هذا الوجه ذلك .

ومنها ان البايع لم يرض بانتقال ماله منفردا فانه رضى بانتقاله منضما الى مال غيره - وقد خصصت العمومات بما دل على اعتبار الرضا فى صحة البيع (وفيه) ان البايع قد رضى بانتقال ماله وانتقال مال غيره فكل منهما متعلق للرضا فانتقال ماله يكون عن رضا وغاية ماهناك عدم انتقال مال غيره برضاه لا انتقال ماله بلا رضاه - مع - انه اخص من المدعي اذ ربما يكون راضيا بانتقاله منفردا ايضا .

ومنها انه يلزم من الصحة عدم تبعية العقد للقصد اذ ماقصد هو المجموع وما وقع غيره (اقول) قد ظهر جوابه مما ذكرناه فى سابقه - فان البايع قاصد لانتقال ماله فى ضمن قصده انتقال المجموع .

ومنها ان الثمن الواقع بازاء الجزء المملوك مجهول فلاتصح المعاملة الواقعة عليه (وفيه) ان المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعوضين اعتبار العلم بما يجعل عوضا او معوضا فى الانشاء لا اعتبار العلم بماينفذ فيه البيع شرعا .

(قوله قده وطريق معرفة حصة كل منهما الخ) لااشكال فيما لو عين حصة كل منهما كما لو لاحظ البايع والمشترى وقوع حصة معينة من الثمن بازاء كل جزء من

الثمن - انما الكلام فيما لو لم يلا حظاذلك واوقعا العقد على المجموع - من ناحية معرفة الحصة و التقسيط - و لهم فى ذلك مسالك (الاول) ما عن المشهور وهو انه - يقوم مجموع المالين ثم يقوم مال غيره ثم تنسب قيمته الى قيمة المجموع فيؤخذ بتلك النسبة - فاذا كان قيمة مصراعى الباب عشرة - وكان قيمة احدهما اثنتين يرجع المشترى بخمس الثمن (الثانى) مااختاره المصنف ره وفاقالغيره- وهو - انه يقوم كل واحدمنهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين - فاذاكان الثمن عشرة - وكان قيمة مال نفسه اربعة وقيمة مال غيره اثنتين - يرجع المشترى بثلث الثمن - اذنسبة قيمة مال غيره الـي مجموع القيمتين هى ذلك (الثالث) مااختاره جمع من الاساطين وهوانه يقوم كل واحد منفردا لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحدجزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين .

والاظهر هو الثالث - وذلك يظهر ببيان امور (الاول) ان الهيئة الاجتماعية ربما لا تكون موجبة لازدياد القيمة ولا لنقصانها - وربما تكون موجبة لاحدهما - وعلى الثاني تارة تكون موجبة للازديادمن الطرفين بالسوية كمافى مصراعى الباب- واخرى تكون موجبة له بالاختلاف كمالو كان قيمة احدهمامع الانضمام خمسة ولا معه اربعة- و كان قيمة الاخر معه ستة ولا معه ثلاثة- وثالثة تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية- ورابعة تكون موجبة له بالاختلاف- وخامسة تكون موجبة للزيادة فى احدهما والنقيصة فى الاخر- كمالو باع جارية مع ابنتها الصغيرة وفرضنا ان قيمة الام تنقص فى صورة ضم ابنتها اليها من جهة قيامها بتربيتها - و قيمة الصغيرة تزيد بذلك (الثاني) ان كل جزء انما قوبل بجزء من الثمن فى حال الانضمام لا مطلقا(الثالث) ان الاوصاف لا تقابل بالمال - و تخلفهايوجب الخيار لارد جزء من الثمن - وبهذه الامور يظهران الاظهرهو الثالث - اذيرد على الاول ماذكره المصنف ره من انه لايستقيم فيما اذاكان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة كمافى مصراعى الباب وزوج خف اذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم

احدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة ـ فانلازم هذا القول رجوع المشترى بخمس الثمن فيبقى للبايع اربعة فى مقابل مصراع واحد مع انه لم يجعل فى المعاملة فى مقابله الانصف الثمن ـ ويرد على الثانى ـ هذا المحذور بعينه فى صور الاختلاف ـ فانه فى مثال الجارية وابنتها ـ اذاباعهما بعشرة ـ وكانت قيمة الجارية فى حال الانفراد ستة وفى حال الانضمام اربعة ـ وقيمة ابنتها بالعكس ـ فاذا كانت البنت لغير البايع لازم مااختاره المصنف ره رجوع المشترى الى البايع بخمسين من الثمن ـ مع ـ انه انما جعل من الثمن بازائها ثلاثة اخماس ـ فالمتعين هو القول الثالث .

(قاله قده اما المبيع المثلى فان كانت الحصة مشاعة الخ) لايخفى ان ماافاده المصنف ره يتم على ما اخترناه فى طريق تقسيط الثمن و لايتم على مسلكه ـ فانه قد يتفاوت الحصتان كما لو كانت حصة احدهما تسعة امنان و حصة الاخرمنا واحدا ـ ويكون الاختلاف فى القيمة فى صورتى الانضمام والانفراد فى الحصة الاولى قليلا وفى الثانية ازيد كمالايخفى .

(قوله قده وان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما فى القيمى الخ) اورد عليه المحقق النائيني ره بانه يمكن ان يكون المثلى مفروزا و يكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة وصبرة خاصة فيجب ان يقابل كل من الحصتين بمايخصه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لاكالقيمى (وفيه) انه كما يتصور ذلك يتصور الاختلاف فلابد من بيان مايفيد فى جميع الصور وهو ما افاده المصنف ره .

بيع نصف الدار

(قوله قده لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار الخ) قبل الشروع فى البحث لابد من تقديم مقدمتين (الاولى) فى بيان الكسر المشاع وان الشركة الحاصلة فى المبيع على اى كيفية ـ والعمدة فيه مسلكان .

احدهما ـ ماهو المنسوب الى المشهور وهو ان معنى الشركة على الاشاعة ان

كل جزء يفرض فى الجسم فكل واحدمن الشريكين المساوين مالك لنصف هذا الجزء -ثانيهما- ان كل و احدمنهما مالك لتمـام المملوك و انما الملكية تكون ضعيفة و ناقصة فالاخوان الوارثان لابيهما هما معا بالاضافة الى المال كابيهما و طرف اضافة الملكية هما مجتمعا و كل منهما مالك لجميع المال ولكن بالملكية الناقصة لا التامة .

وقد استدل للاول بان المشهور بين المتكلمين و بعض الحكماء قبل الاسلام وان كان ان مادة الجسم المطلق هى الاجزاء التى لاتقبل القسمة لاخارجا ولاذهنا ويسمى كل جزء من هذه الاجزاء بالجوهر الفرد والجزء الذى لايتجزى (ولكن) بطلان هذه المقالة - كبطلان مقالة النظام حيث ذهب الى ان الجسم مؤلف من اجزاء غير متناهية- فى عصرنا من اوضح البديهيات لان كل مـايشار اليه بالاشارة الحسية لابدان يكون مايحاذى منه جهة الفوق غير مايحاذى منه جهة التحت و كذا باقى الجهات فلا محيص من ان يكون منقسما وان لم يكن لنا آلة لتقسيمه مضافا الى مابرهنوا عليه من لزوم تفكك الرحى و نفي الدائرة (وعليه) فكل جزء يفرض فى الجسم كل واحد من الشريكين مالك لنصف ذلك الجزء .

وفيه ان هذا البرهان لو تم لاقتضى امكان ذلك لاكون مافى الخارج كك-والارجح فى النظر هو الثانى - وذلك لانه مضافا الى انه المناسب للفهم و الوجدان ويلائم مع الطبع - يشهد له وجهان (احد هما) انه لااشكال فى ان الشىء الخارجى الذى يكون ملكا ومالا لوقسم ربما يصل الى حديسقط عن المالية والملكية لو نصف-فعلى هذا لوخلف الميت شيئا له المالية و كان و رثته متعددين لوقسم ذلك بحسب تعددهم لايكون كل جزء منه ملكا يلزم البناء على عدم كونه ملكا لاحد- وهو كماترى .

الثانى ان المملوك المشترك ربما يكون من الاعراض والافعال والاعمال غير القابلة للقسمة لبساطتها - كالصلاة ورفع الحجر من الارض و نحو ذلك - ولا معنى للالتزام بالملكية بالمعنى الاول فى هذه الموارد - فلامناص عن البناء على مااخترناه و هذه آية قطعية عليه - واضف الى ذلك كله عدم معقولية المعنى الاول فان كل ما فى

الخارج يكون معينا ولا معنى لوجود شيء في الخارج غير معين في الواقع و حيث ان الكسر المشاع بذلك المعنى غير معين فلا يمكن الالتزام به (فتحصل) مما ذكرناه ان معنى الملكية المشاعة هو مالكية الشركاء، كل منهم لجميع المال بالملكية الضعيفة ونظيره في التكوينيات رفع جماعة حجرا و احداحيث ان الرفع يستند الى مجموعهم- فعلى هذا - معنى بيع نصف الدار بيعه بتمامه باعطاء الملكية الناقصة و هذه مسامحة في التعبير وشاع ذلك .

الثانية في تعيين محل النزاع والبحث (اقول) لااشكال فيما لو علم بانه اراد من النصف شيئا معينا من نصفه المختص به او نصف غيره - او المشاع في الحصتين - و انما الكلام في موردين (الاول) مالوعلم انه قصد شيئا معينا و كان ذلك مشتبها و غير معلوم عندنا (الثاني) مالوعلم بانه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ -وظاهر المتن - اختصاص النزاع بالمورد الثاني وصريح السيدره اختصاصه بالمورد الاول - وذهب المحقق النائيني ره الى التعميم (اقول) لاينبغي التوقف في كون الاول مورد النزاع ولم يذكر وجه لعدم النزاع فيه (واما) ماذكر في وجه عدم جريان النزاع في المورد الثاني - وحاصله - ان الظهورات انما تكون لتشخيص المرادات والمفروض انه لم يقصد المتكلم خصوصية ملكه او ملك غيره و انما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس الا الاشاعة (فيردعليه) ان المراد من انه لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ ليس خلوا لكلام عن المراد الجدي بل المراد انه انما قصد مفهوم هذا اللفظ و تعلقت ارادته الجدية به هكذا اى بما يقتضيه ظهور هذا الكلام ولو بلحاظ المقام مع خلوه عن الارادة التفصيلية - وعلى هذا فيقع الكلام في موردين (الاول) فيما اذا لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ (الثاني) فيما اذا قصد معينا غير معلوم لنا (وحيث) ان المدرك و كذلك المختار في الموردين واحد فلاحاجة الى التكلم في كل من الموردين مستقلا .

و كيف كان فقد ذكر في وجه ظهور الكلام في النصف المشاع بينه وبين الاجنبي ان النصف ظاهر في الحصة المشاعة في مجموع الحصتين (واورد عليه) المصنف ره

بان هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين (احدهما) ظهور مقام التصرف فى ارادة حصته المختصة (ثانيهما) ظهور انشاء البيع فى البيع لنفسه لان بيع مال الغير يتوقف على نية الغير اواعتقاد كونه له او البناء عليه عدوانا و الكل خلاف المفروض وهو قده من جهة هذا التعارض توقف فى المسألة (اقول) انه لوسلم ظهور النصف فى المشاع بين الحصتين ولم نلتزم بما افاده المصنف ره فى اثناء كلامه من انه ظاهر فى نفس المشاع لافى المشاع بين الحصتين - لاريب - فى انه ظهور اطلاقى ناش عن انتفاء مايوجب التعيين فظهور مقام التصرف فى ارادة حصته المختصة يمنع عن انعقاده فالاظهر الحمل على نصفه المختص .

(قوله قده ولعله لماذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين والشهيدين و غيرهم انه لواصدق المرئة عينا الخ) اقول ان بنينا على ان المرئة تملك بالعقد نصف المهر و بالدخول تملك نصفه الاخر تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا لان محل البحث فى المقام لايكون خصوص البيع فالوجه فى حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقى هو ماذكرناه واما ان قلنا بانها تملك تمام المهر وبالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه الى الزوج - فهى - اجنبية عن المقام فان المرئة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال والطلاق ليس انشاء لرد النصف كى يجرى فيه هذا النزاع فتدبر (اللهم) الا ان يقال ان ماذكره المصنف ره الذى اشار اليه هنا هو عدم التنافى بين ظهور النصف فى الاشاعة وحمله على نصفه المختص من باب انه من ملك كليا ملك مصداقه فما ذكروه فى صداق المرئة نظير للمقام من هذه الجهة فان حكم الشارع الاقدس برد نصف المهر فى قوة تمليك الزوجة نصفه للزوج فيكون من باب انه من ملك كليا ملك مصداقه اذ المرئة مالكة لمصداق النصف فيكون نظير اللمقام .

(قوله قده فلايخلو عن منافاة لهذا المقام ونظيره فى ظهور المنافاة لماهنا ما ذكروه فى باب الصلح الخ) و قد اورد عليه بان الاصحاب فى مسألة هبة المرئة نصف صداقها حملوا النصف على النصف الباقى. وفى باب الصلح ذكروا انه اذا اقر من بيده المال

لاحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالارث فصالحه المقر له على ذلك النصف مشاعا في نصيبهما ـ فما ذكره المصنف ره ان كان حمل النصف على النصف المختص لم يكن ماذكروه في المسألة الاولى منافياله وان كان حمله على النصف المشاع لم يكن ماذكروه في المسألة الثانية منافيا لـه (اقول) ان ماذكره المصنف ره في المقام امران ـ احدهما ـ ظهور النصف في نفسه في المشاع ـ ثانيهما ـ ظهور التصرف و انشاء البيع في ارادة النصف المختص وفي باب هبة المرئة نصف صداقها على فرض كونها مالكة لجميع المهر لامعارض لظهور النصف في المشاع فحكمهم بالحمل على النصف المختص ينافي هذا الظهور ـ وفي باب الصلح حيث ان المقر له يوقع الصلح وينشأه على النصف فحمله على النصف المشاع ينافي الظهور الثاني اذ الصلح انما يكون كالبيع من هذه الجهة كما لايخفى (و بالجملة) ماذكره ره في المقام امران وما ذكروه في احد الفرعين ينافي احدهما ـ وماذكروه في الاخر ينافي الثاني ـ هذا مايرجع الى شرح العبارة ـ (ثم ان) تنقيح القول في المسألتين وبيان وجه عدم التنافي بين ماذكروه هنا وماذكروه فيهما موكول الى محل آخر .

بيع مايقبل التملك ومالايقبله

(قوله قده لو باع مايقبل التملك ومالايقبله كالخمر الخ) لاخلاف في صحة البيع في المملوك وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه ـ (ويشهد لها) مضافا الى ذلك ـ والى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك وغير الملك تقريب دلالتها على الصحة في امثال المقام وان ماذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضي واخرى لعدم المانع غير تام فراجع ماحققناه (اطلاق) مكاتبة الصفار (١) المتقدمة ـ المتضمنة انه لايجوز بيع ماليس يملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك فانها باطلاقها تشمل ما اذا كان بعض القرية وقفا اوما غير مملوك لاحد .

١ـ الوسائل باب ٢ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه

(قوله قده مع انه لو تم ما ذکر لاقتضى صرف مجموع الثمن الخ) و فيه انوقوع مجموع الثمن بازاء الشیء لاواقع له سوى الجعل المعاملی والمفروض انه جعل فيه بازاء المملوك بعض الثمن .

(قوله قده واما ابقاء ذلك القسط له مجانا الخ) وفیه (اولا) ماتقدم فی محله من عدم تمامية ذلك فی بیع مال الغیر من العالم (وثانیا) انه لو تم فیه لایتم فی المقام فان المجانية هناك لم تكن من ناحية المعاملة بل كانت من ناحية التسليط المجانی غير المفروض فی المقام .

(قوله قده لكن الكلام هنا فی طريق معرفة قيمة غير المملوك الخ)

اقول لاشكال فيما اذا باع غير المملوك بعنوانه كمالو ضم الخمر الى الخل فباعهما بصفقة واحدة فانه يعرف قيمة الخمر بالرجوع الى من يراها ملكا ومالا - انما الاشكال فيما اذا باعه بعنوان مايملك كمالو باع شاة وخنزيرا بعنوان انهما شاتان والاظهر انه يقوم قيمة المملوك ای الشاة لان بذل المال انما يكون بازاء الصورة النوعية والافالاجسام من حيث هی لامالية لها ولا يبذل بازائها المال و المراد بها الصورة النوعية العرفية - ففی المقام بذل جزء من الثمن بازاء الشاة دون الخنزير فلابدمن لحاظ ذلك فی مقام التقويم - هذا - اذاكان غير المملوك مالاعرفا (واما) ان لم يكن مالافقد اختار السيد الفقيه بطلان البيع فی هذه الصورة من جهة انه لايمكن تعيين ما بازاء غير المملوك لانه لاقيمة له ولايمكن البناء على الصحة بالنسبة الى المملوك فی تمام الثمن لانه جعل بازاء غير المملوك فی المعاملة بعضه فيتعين البناء على البطلان (وفيه) انه يتم فی صورة الجهل فانه يجعل بازاء مالايملك جزء من الثمن ولايتم فی صورة العلم من جهة انه فی تلك الصورة لايجعل بازائه شیء من الثمن ويكون ذلك نظير ضميمة الاوساخ - فلامحالة يصح البيع فی تمام الثمن (و بذلك) يظهر تمامية ماافاده الشيخ الكبير من التفصيل بين صورة العلم والجهل .

ولاية الاب والجد

(قوله قده يجوز للاب والجد ان يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء ويدل عليه قبل الاجماع الاخبار الخ) وفى الجواهر دعوى الاجماع بقسميه عليه ـ وفى غير واحد من الكتب دعوى ذلك ـ واستدل له الشيخ الاعظم قده ـ بالاخبار المستفيضة المصرحة فى موارد كثيرة ـ وبفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح (اقول) ان النصوص المستفيضة المشار اليها ـ طوائف الاولى (١) ماتضمن الاخذ من مال الولد ـ الثانية (٢) ما ورد فى تقويم الاب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ماشاء ـ الثالثة (٣) ماورد فى جواز اتجار الوصى بمال الطفل اذا كان قد اوصى ابوه بذلك .

ولا يصح الاستدلال بشىء منها (اما الاولى) فلانها واردة فى تصرف الاب لنفسه استقلالا لا تصرفه لابنه (مع) انها واردة فى الولد مطلقا صغيرا كان ام كبيرا بل مورد اكثرها البالغ وفى بعضها التقييد بصورة الحاجة والاضطرار ـ وفى بعضها المنع عن الاخذ اذا كان الولد ينفق عليه باحسن النفقة (مع) انها مختصة بالاب غير متعرضة للجد (واما الثانية) فلانه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة ان الشارع الاقدس قد وسع فى اسباب حلية الوطء بما لم يوسع فى ساير المعاملات كما تقدم فى مبحث الفضولى (مع) ان فيها ماورد فى الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد فى تقويم جارية البنت التى قد اهداها اليها ابوها حين زوجها (مع) انها من جملة ادلة جواز تصرفاته الراجعة الى نفسه وسبيلها سبيل تلك الادلة (واما الثالثة) فعدم دلالتها على الولاية فى حال الحياة واضح (واما) الفحوى(٤) فقد تقدم فى مبحث الفضولى المناقشة فى فحوى نفوذ النكاح بالاضافة الى ساير المعاملات فراجع .

ولكن مع ذلك اصل الحكم مما لا ينبغى التوقف فيه ـ لبناء العقلاء عليه و عدم

---

١ ـ ٢ ـ الوسائل ـ باب ٧٨ و ٧٩ من ابواب ما يكتسب به

٣ ـ الوسائل ـ باب ٩٢ من ابواب احكام الوصايا

٤ ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

ردع الشارع عنه ـ واجماع الامة علیه ـ و جملة كثیرة من النصوص الدال بعضها ـ كنصوص(١)الاتجار بماله الوارد فی باب الزكاة والمؤید غیره كالنصوص المتقدمة.

بقی الكلام فی الجملة المذكورة فی جملة من الاخبار (٢)-انت ومالك لابیك- لااشكال فی عدم كون اللام للملك لعدم مملوكیة رقبة الولد لاحد ـ وماله المفروض كونه ملكاله لایعقل كونه ملكاله لابیه ـ وكذالاینبغی التوقف فی عدم كونها للاختصاص بعنوان كونه وماله تحت ولایته ـ لانها وردت فی الكبیر ایضا ولا كلام فی عدم ولایته علی ولده الكبیر ـ بل الامریدور بین امرین (الاول) ان تكون اللام للاختصاص بنحو السلطنة علی الانتفاع به وبماله فسبیلها ح سبیل النصوص المتقدمة الدالة علی ذلك (الثانی) ان تكون لافادة كون الولد موهوبا تكوینا للاب و انتسابه الیه بكونه ولده ـ ویؤید الثانی المكاتبة (٣)الواردة عن الرضا(ع)حیث قال وعلة تحلیل مال الولد لوالده بغیر اذنه ولیس ذلك للولد لان الولد موهوب للوالد فی قوله عزوجل الخ وعلیه فهی حكمة التشریع ـ و بعبارة اخری انها علة التحلیل فی مقام الثبوت لاالاثبات ـ وتدل علی ان منشأ جعل تلك الاثار ذلك ولاتكون هی متكفلة لحكم جعلی فلایتمسك باطلاقها فتدبر ـ انما الكلام یقع فی جهات.

فی اعتبار العدالة

الاولی فی انه هل یعتبر فی ولایة الاب والجد العدالة ـ كما عن الوسیلة والایضاح ـ ام لاتعتبر كما هو المشهور بین الاصحاب وجهان ـ قد استدل لعدم الاعتبار بوجوه (الاول) الاصل ـ تمسك به الشیخ قده فی مقابل الاطلاق وعلیه فلیس المراد به القاعدة المستفادة منه ـ بل المراد به الاصل العملی ولذا اورد علیه جمع ممن تاخر عنه منهم المحقق النائینی ره بان الاصل بالعكس لان نفوذ تصرف شخص فی مال غیره یتوقف علی الدلیل ومع عدمه الاصل یقتضی عدم نفوذه (اقول) الظاهر ان مراده بالاصل هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء وعدم ثبوت ردع من الشارع الاقدس وعلیه فلا ایراد علیه (الثانی)

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢ من ابواب من تجب علیه الزكاة

٢ ـ ٣ ـ الوسائل باب ٧٨ من ابواب مایكتسب به حدیث. ـ ٩

الاطلاقات ـ تمسك بها المصنف ره وتبعه غيره ـ ولاباس بهان كان هناك اطلاق و قد تقدم الكلام فيه (الثالث) الاجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق على التزويج وهو كما ترى.

وقد استدل لاعتبار العدالة بوجهين (الاول) انه ولاية على من لايدفع عن نفسه ولايعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق امينا يقبل اقراراته واخباراته عن غيره (وفيه اولا) ان المنافى للحكمة جعل من لايبالى بالخيانة وليا ـ فاذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التى لامفسدة فيها لاسيما اذا كان ماموناً من هذه الجهة خصوصا بملاحظة شفقة الابوة و رأفته لم يكن فسقه مانعا عن جعله وليا (وثانيا) ماذكره المصنف ره بقوله بان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال الطفل (اى رؤية آثار ضيق المعاش عليه او اختلاف حاله فى ثروته) منعه من التصرف فى ماله الخ (الثانى) نص القرآن ـ و قد استظهر المصنف ره ان المراد به ـ آية الركون(١) الى الظالم واستظهر بعض مشايخنا ان المراد به آية النبأ (٢)

تقريب الاستدلال ـ بالاولى ـ احد وجهين (احدهما) ان جعله تعالى الفاسق امينا ووليا ركون منه الى الظالم مع انه نهى عنه (ثانيهما) ان المعاملة مع الاب بعنوان انه ولى الطفل ركون اليه وهو منهى عنه ـ و فى كليهما نظر (اما الاول) فمضافا الى انه استدلال بفحوى الاية لابنصها من جهة ان الناهى عن شيء كيف يفعله ـ انه غير تام ـ اذ مجرد جعله امينا ووليا كجعل شخص وكيلا ليس ركونا اليه ـ مع ان الملاك غير معلوم ولعلة لركون العبد مفسدة ليست فى ركون المولى (واما الثانى) فلان المعاملة مع الاب بعنوان ان الله تعالى جعله امينا ووليا ليست ركونا من العبد اليه فانها كالمعاملة معه بما انه مالك او وكيل ـ هذا كله مضافا الى ان الظالم اخص من الفاسق ـ اضف الى ذلك ماقيل من ورودها فى سلاطين الجور وان المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء.

---

١ ـ هود آية ١١٤

٢ ـ الحجرات آية ٧

واما الاية الثانية فيرد على الاستدلال بها ان قبول اخبار الفاسق واقراره ح انما يكون من جهة كونه وليا حيث انه من ملك شيئا ملك الاقرار به ولا ينافى مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو والاية متضمنة للثانى (مع) ان عدم قبول اخباره و اقراره لا ينافى ثبوت الولاية (مضافا) الى ان قبول اخباره واقراره بعد ثبوت الولاية بما انه بلسان انه وماله لابيه غير قبول اخباره عن غيره بل هو فى حكم قبول اقراره على نفسه فالاظهر عدم اعتبار العدالة .

اعتبار المصلحة فى التصرف

(قوله قده وهل يشترط فى تصرفه المصلحة او يكفى عدم المفسدة ام لا يعتبر شيء وجوه الخ) هذه هى الجهة الثانية من البحث ـ والكلام فيها فى موردين (الاول) فى اعتبار عدم المفسدة (الثانى) فى اعتبار المصلحة .

اما المورد الاول فعن غير واحد دعوى الاجماع على اعتباره ـ و استدل لعدم الاعتبار (باطلاق) النبوى وغيره من النصوص ـ واورد عليه المصنف ره بانه لابد من تقييده ـ بما يقيد من الاخبار جواز تصرف الاب فى مال الابن بصورة الحاجة كخبر الحسين (١) بن ابى العلا ـ اوبان لا يكون فيه سرف كصحيح (٢) ابن مسلم او كونه مما لابد منه معللا بان الله لا يحب الفساد كصحيح (٣) الثمالى ـ وبالاية (٤) ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن ـ بتقريب انها تشمل الجد ويتم فى الاب بعدم الفصل ـ وبالاجماع ـ اقول (اما الاخبار) فهى تدل على جواز اخذ الاب لنفسه مع الحاجة وهذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذى هو محل الكلام فى المقام (واما الاية) الشريفة ففى شمولها للجد تامل لان من له الجد لا يصدق عليه اليتيم فتامل مع ان عدم الفصل غير ثابت (و اما الاجماع) فليس تعبديا يكشف عن راى المعصوم عليه السلام .

---

١ ـ ٢ ـ٣ ـ الوسائل ـ باب ٧٨ من ابواب مايكتسب به حديث ٨ - ١ ـ ٢

٤ ـ الانعام آية ١٥٢

وبماذكرناه يظهر مافی كلمات المحقق النائينی ره فانه بعد الايراد علی المصنف ره قال انه يستفاد من الاخبار ولايته علی الابن وان ولايته غير ولاية الولاة اذ الحكمة فی جعلها الشفقة والمحبة وعليه فكما يجوز تصرفه مع الضرر فی ماله يجوز تصرفه فی مال المولی عليه ـ ثم قال الاان ينعقد اجماع علی خلافه اويتمسك بالاية الشريفة .

فالحق فی الجواب عن هذا الوجه منع الاطلاق كماتقدم (ومحصله) ان جملة انت ومالك لابيك ـ ليست فی مقام جعل الحكم والولاية وانما هی فی مقام بيان حكمة التشريع ـ واما مارتب عليه ـ فجواز الانتفاع بماله ـ اجنبی عن المقام ومقيد بصورة الحاجة وبغير سرف وبما اذا لم ينفق عليه باحسن نفقة ـ و جواز الاقتراض ـ مضافا الی كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه ـ وجواز بيعه من نفسه ـ مقيد بقيمة عادلة ـ و جواز نكاح الاب و الجد للبنت مثلا ـ قد عرفت ما فيه ـ مضافا ـ الی انه قيد فی بعض النصوص بعدم كونه مضادا ـ فلا اطلاق للنصوص من هذه الجهة فالمرجع اصالة عدم الولاية ـ وهی تقتضی اعتبار عدم المفسدة .

واما المورد الثانی فالمشهور بين الاصحاب اعتبار وجود المصلحة ـ واختار المصنف و فاقا لغير واحد من الاساطين الذين عاصرهم عدم اعتباره وتبعهم جمع من المحققين ـ وقد استدل علی اعتباره بوجوه (احدها) الاية الشريفة ـ ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتی هی احسن ـ بدعوی ان الاحسن مافيه المصلحة وهی تشمل الجد ويتم فی الاب بعدم القول بالفصل ـ وفيه (اولا) ان صدق اليتيم علی الطفل الذی لااب له وله جد غير مسلم (وثانيا) ان المراد باحسن الحسن دون التفضيل كماسيأتی والفعل الذی لامفسدة فيه حسن (وثالثا) ان الاية منصرفة الی الاجانب ولاتشمل الجد (ورابعا) ان عدم الفصل غير محرز (ثانيها) الاصل ـ فانه بعد ماليس فی ادلة الولاية ماله اطلاق لابد من الاقتصار فيها علی المتيقن وهو الولاية علی التصرف الذی فيه المصلحة والرجوع فی غير ذلك الی اصالة عدم ثبوت الولاية اوعدم نفوذ التصرف (اقول) هذا الوجه حسن ان لم يكن بناء العقلاء علی ثبوت الولاية علی التصرف الذی لامفسدة فيه والظاهر وجوده وحيث انه لم يردع عنه الشارع ـ

اولم يثبت الردع ومقتضى الاستصحاب عدمه فيبنى على عدم اعتباره ولامورد للاصل ح (ثالثها) الاجماع (و فيه) انـه ليس اجماعـا تعبديا فلا يعتمد عليه و قد استدل المصنف ره لعدم الاعتبـار (بالمطلقات) وقد عرفت ما فيهـا ـوبماورد-(١) في نكاح الجد الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة وجه ظهوره فيه التعليل بان البنت وابا ها للجد ـ وقد تقدم مافيه ايضا ـ فالصحيح ماذكرناه ،

(قوله قده فلو سلم دلالتها فهي مخصصة بمادل على ولاية الجد وسلطنته الخ)

نظره قده الى ان النسبة بين الاية الشريفة على فرض دلالتها ـ وبين تلك الادلة و ان كا نت هي العموم من وجه الا ان تلك الاخبار اظهر بل كالنص في الولاية مع عدم المفسدة فتدبر ـ

مشاركة الجد للاب

(قوله قده ثم لاخلاف ظاهراكما ادعى في ان الجد وان علا يشارك الاب الخ)

هذه هي الجهة الثالثة من البحث في هذه المسألة وقد استدل على ولاية الجد الاعلى بوجهين (الاول) مافي المتن وهو مادل (٢) على ان الشخص و ماله الذى منه مال ابنه لابيه (وفيه) ماتقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية (الثاني) ما افاده المحقق النائيني ره وهو ان رواية النكاح شاملة للجد العالي (اقول) ان روايات النكاح كلها مختصة بالاب الاماورد في مزاحمة الاب للجد ـ واكثر تلك النصوص صريحة اوظاهرة في الجد الادنى ـ نعم ـ بعضها (٣) بعنوان الاب و الجد و هوايضايمكن دعوى انصـرافه الـى الادنى او عـدم الاطلاق للاعلى بملاحظة الاخبار الاولى و حيث ان بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الادنى لاتخلوعن تامل

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٨

٢ ـ الوسائل ـ باب ٧٨ ـ من ابواب مايكتسب به

٣ ـ الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

(قوله قده ولو فقد الاب وبقى الجد الخ) الكلام هنا فى موردين (الاول) ان ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب ام لا ـ المنسوب الى المشهور بين القدماء هو الاول ـ والى المشهور بين المتاخرين هو الثانى ـ و استدل للاول بخبر (١) الفضل بن عبدالملك عن الصادق عليه السلام ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حيا و كان الجد مرضيا جاز ـ حيث ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة ابيها (و فيه) انه من قبيل مفهوم الوصف و لانقول به و لعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الاب و مافى الجواهر من كونها من مفهوم الشرط ضعيف ـ اذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لايخفى.

الثانى انه مع فقد الاب هل الولاية مختصة بالجد الادنى ـ ام تكون ثابتة لابيه ايضا ـ قولان ـ استدل للاول فى المتن ـ بآية (٢) اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض بتقريب انها تدل علي ان القريب اولى بقريبه من البعيد فنفت ولاية البعيد و خرج منها الجد مع الاب وبقى الباقى (وفيه اولا) ان هذه الاية مختصة بباب الارث (و ثانيا) انها تدل على اولوية بعض الارحام من بعض ولاتدل على تعيين البعض الاولى ولعله البعض البعيد بل احتمال كونه اولى ارجح من جهة التعليلات فى النصوص (و استدل) للثانى ـ باطلاق الادلة ـ و بالاستصحاب (و يرد) على الاول ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الاعلى ـ وعلى الثانى ـ ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام الكلية .

ولاية النبى (ص) و الامام (ع)

(قوله قده من جملة اولياء التصرف فى مال من لايستقل بالتصرف فى ماله الحاكم الخ) هذه المسألة انما سيقت لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط و انما يذكر قبله مقدار ولاية النبى صلى الله عليه وآله والامام عليه السلام من جهة ان بعضهم ذهب الى ان مقتضى عموم ادلة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم عليه السلام فلابد اولا من

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ٤

٢ ـ الانفال آية ٧٥

تعيين مقدار تلك الولاية .

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين (ع)

(قوله قده خرجنا عن هذا الاصل فى خصوص النبى والائمة صلوات الله عليهم اجمعين الخ) اقول للولاية معان -١- الولاية التكوينية -٢- وجوب الاطاعة و قبول قول الولى فى الاحكام الشرعية -٣- الحكومة و الرياسة الدنيوية بادارة شئون الامة -٤- الولاية الشرعية اى ولاية التصرف فى الاموال والانفس -٥- وجوب الاطاعة فى الاوامر الشخصية العرفية - والظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبى والائمة صلوات الله عليهم اجمعين - فتنقيح القول بالبحث فى موارد .

الاول - فى الولاية التكوينية اى ولاء التصرف التكوينى - والمراد بها كون زمام امر العالم بايديهم ولهم السلطنة التامة على جميع الامور بالتصرف فيها كيف ماشائوا اعداما وايجادا - وكون عالم الطبيعة منقادا لهم لا بنحو الاستقلال - بل فى طول قدرة الله تعالى وسلطنته و اختياره بمعنى ان الله تعالى اقدرهم وملكهم - كما اقدرنا على الافعال الاختيارية و كل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم وسلطنتهم - ومن هذا الباب معجزات الانبياء والاولياء - وقد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لاشخاص - قال الله تعالى (١) وقال الذى عنده علم من الكتاب انا آتيك به قبل ان يرتد اليك طرفك - وقال عز من قائل (٢) فسخرنا له الريح تجرى بامره رخاءاً حيث اصاب والشياطين كل بناء وغواص و آخرين مقرنين فى الاصفاد - وقال سبحانه (٣) انى اخلق لكم من الطين كهيئة الطير فانفخ فيه فيكون طيرا باذن الله وابرىء الاكمه والابرص واحيى الموتى باذن الله وانبئكم بما تاكلون وما تدخرون فى بيوتكم - الى غير ذلك من الايات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لاشخاص - و اذا ثبت ذلك لهؤلاء

١- سورة النمل - آية ٤٠ - ٢- سورة ص آية ٣٨

٣- سورة آل عمران آية ٤٩

فثبوته للرسول الاعظم و خليفته الذى عنده علم الكتاب بنص (١) القرآن لايحتاج الى بيان ـ وعليه ـ فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات والكرامات الصادرة عن المعصومين عليهم السلام كالتصرف الولائى فى النقش و صيرورته اسد امفترسا وماشاكل ـ انما نلتزم بهاونعتقدمن غير التزام بالتاويل ـ كيف ونرى انهم عليهم السلام بعد موتهم يصدر عنهم كرامات من ابراء المريض الذى عجز الاطباء عن ابرائه وحل معضلات الامور وماشاكل وليس ذلك الالما ذكرناه .

ويمكن ان تكون الاية الكريمة (٢) النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم ـ ناظرة الى ثبوت هذا المعنى من الولاية ايضا للنبى (ص) (وبالجملة) ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبى والائمة المعصومين الذين يثبت لهم جميع مايثبت للنبى (ص) للروايات الكثيرة المتواترة ـ ممالاينبغى التوقف فيه ـ واماشبهة استلزام ذلك للشرك ـ فهى تندفع باناالاندعى ثبوت ذلك لهم بالاستقلال بل ان الله تبارك وتعالى ملكهم واقدرهم كما ملكناواقدرنا على الافعال الاختيارية ـ وبه يظهر انه لاينا فيه ـ قوله تعالى (٣) قل لا املك لنفسى نفعاولاضرا ـ فان المراد عدم الملكية بالاستقلال ـ و لتفصيل الكلام فى المقام محل آخر .

الثانى فى وجوب اطاعتهم وقبول قولهم فى الاحكام الشرعية والوظائف المجعولة الالهية ـ و ان قولهم و كذا فعلهم حجة لاشبهة فى ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم ـ قال الله تعالى (٤) ما آتيكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا ـ وقال سبحانه (٥) لقدكان لكم فى رسول الله اسوة حسنة لمن كان يرجوالله واليوم الاخر وذكر الله كثيرا ـ وقال عزوجل (٦) قل ان كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله ويغفرلكم ذنوبكم ـ الى

١ـ الرعد آية ٤٣

٢ـ سورة الاحزاب آية ٦

٣ـ الاعراف آية ١٨٧ ـ ٤ـ سورة الحشر آية ٧

٥ـ سورة الاحزاب آية ٢١ ٦ـ سورة آل عمران آية ٣١

غير ذلك من الايات الدالة على ان قول رسول الله (ص) و كذا عمله حجة - وقد دل الحديث الشريف الذى هو متواتر بين الفريقين ولاشك في صدوره عنه (ص) انى تارك فيكم الثقلين كتاب الله وعترتى اهل بيتى وانهما لن يفترقا حتى يردا على الحوض فلا تقدموهما فتهلكوا ولا تقصروا عنهما فتهلكوا و لا تعلموهم فانهم اعلم منكم - على ثبوت هذا المقام للائمة المعصومين عليهم السلام اضف الى ذلك مادل على ثبوت ما للنبى(ص) من المناصب للائمة الهداة .

ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة(ع)

الثالث فى ثبوت منصب الحكومة والرئاسة الدنيوية بادارة شئون الامة للنبى(ص) والائمة صلوات الله عليهم - لاينبغى الشك والكلام فى ثبوت هذا المنصب لهم وانه فوض اليهم من قبل الله تعالى فهو منصب الهى لامن قبل الناس - والشاهد لثبوته لهم امور .

احدها الايات الكريمة قال الله تعالي(١) انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون - فان الاية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة والرئاسة بعد رسول الله (ص) لطائفة خاصة من المؤمنين فاذا انضم الي ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الاية في شان امير المؤمنين عليه السلام - وما دل علي ثبوت منصب كل امام لامام بعده كخبر المعلى الاتى يثبت ثبوت هذا المنصب للائمة الهداة.

وقال سبحانه (٢) اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم - فان الاية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم وامر صادر من الله تعالي ورسوله واولى الامر ومقتضى اطلاقها ذلك حتي في مايرجع الي شئون الامة وادارة المملكة الاسلامية وليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى الا ذلك بل فى بعض النصوص صرح الامام (ع)

-١- المائدة آية ٥٥

-٢- النساء آية ٥٩

بان الاطاعة المامور بها في الاية اريد بها الاطاعة في الا وامر الصادرة عن المعصومين عليهم السلام فيما يرجع الى ادارة شئون الامة ـ لاحظ خبر(١) عيسى بن السري قلت لابيعبد الله (ع) حدثني عما بنيت عليه دعائم الاسلام اذا انا اخذت بها زكى عملي ولم يضرني جهل ماجهلت بعده فقال (ع) شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله (ص) والاقرار بما جاء به من عند الله وحق في الاموال من الزكاة والولاية التي امر الله بها ولاية آل محمد الى ان قال قال الله عزوجل اطيعوا الله واطيعوا الرسول و اولى الامر منكم فكان علي ثم صار من بعده حسن ثم من بعده حسين ثم من بعده علي بن الحسين ثم من بعده محمد بن علي ثم هكذا يكون الامر ان الارض لا تصلح الا بامام ـ وصحيح(٢) بريد العجلي عن ابي جعفر (ع) في قول الله عزوجل فقد آتينا آل ابراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما جعل منهم الرسل والانبياء والائمة فكيف يقرون في آل ابراهيم وينكرونه في آل محمد (ص) قال قلت و آتيناهم ملكا عظيما قال الملك العظيم ان جعل فيهم ائمة من اطاعهم اطاع الله ومن عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم ـ الملك بالضم هو المملكة فجعل الائمة من جهة الامر باطاعتهم و جعلها قرين اطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة اخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح (واما) اولو الامر فقد اتفقت النصوص منها ماتقدم ان المراد بهم الائمة الاثنى عشر .

ثانيها الروايات منها الدالة على ان الائمة عليهم السلام ولاة امر الله واولو الامر لاحظ خبر(٣) عبد الرحمان سمعت اباعبد الله (ع) يقول نحن ولاة امر الله ـ وخبر(٤) الحسين ابن ابي العلاء الاتي وغيرهما ـ والظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع اليه

---

١ ـ اصول الكافي ج٢ ـ ص٢١ حديث ٩ باب دعائم الاسلام.

٢ ـ اصول الكافي ج١ ـ ص٢٠٦ حديث ٥

٣ ـ اصول الكافي ج١ ـ ص١٩٢

٤ ـ اصول الكافي ج١ ـ ص١٨٧

فى الامور العامة ـ ومنها ماعن (١) سيد الشهداء صلوات الله عليه فلعمرى ما الامام الا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه على ذات الله ـ ومنها ـ خبر (٢) المعلى بن خنيس عن الامام الصادق (ع) فى قول الله عزوجل ان الله يامركم الخ ـ عدل الامام ان يدفع ماعنده الى الامام الذى بعده وامرت الائمة ان يحكموا بالعدل وامر الناس ان يتبعوهم ـ وخبر (٣) سليمان بن خالد عنه (ع) اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين كنبى او وصى نبى وقريب منهما غيرهما ـ ومنها ـ النصوص المتقدمة فى ذيل الاية الثانية ـ ومنها ـ بعض الاخبار الواردفى صفات الائمة كخبر (٤) عبد العزيز بن مسلم عن الامام الرضا (ع) في حديث طويل ان الامامة زمام الدين و نظام المسلمين و صلاح الدنيا و عز المؤمنين ـ ان الامامة اس الاسلام النامى وفرعه السامي بالامام تمام الصلاة والزكاة والصيام والحج والجهاد وتوفير الفىء والصدقات وامضاء الحدود والاحكام ومنع الثغور والاطراف ونحوه غيره ـ وظهور ذلك فى ان الحكومة للامام (ع) واضح بل هو كالصريح فى ذلك ـ ونظير ذلك ماعن العلل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا (ع) فى علل حاجة الناس الى الامام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل ومنها انالانجد فرقة من الفرق ولاملة من الملل بقوا وعاشوا الابقيم ورئيس لمالابدلهم فى امر الدين والدنيا فلم يجز فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لابد لهم منه ولاقوام لهم الابه ـ الى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على ذلك بالسنة مختلفة.

ثالثها الارتكاز الثابت ببناء العقلاء ـ حيث جرى بناؤهم في كل امر راجع الى المعاد والمعاش على رجوع الجاهل الى العالم من جهة كونه اهل الخبرة والاطلاع ولم يردع

١ـ ارشادمفيد طبع النجف ص٢٠٤

٢ـ الوسائل ـ باب١ ـ من ابواب صفات القاضى حديث ٦

٣ـ الوسائل ـ باب٣ ـ من ابواب صفات القاضى حديث ٣

٤ـ اصول الكافى ج١ ص ٢٠٠

الشارع الأقدس عن ذلك وحيث ان الامام (ع) اعلم الناس وافضلهم وابصر بالامور سواء أكان الامرمربوطا بالمعاش اوالمعاد فيتعين جعله المرجع والحاكم ومتابعته حتى فيالأمور الراجعة الى ادارة شئون الامة .

رابعها حكم العقل اذلم نجد فرقة من الفرق ولاملة من الملل بقوا وعاشوا الابقيم ورئيس لما لابدلهم منه في امر الدين والدنيا - ومن الممتنع فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بمايعلم انه لابد لهم منه ولاقوام لهم به - وعليه - فاما ان يعين الابصر بالامور السياسية وتنظيم البلاد اوغيره - والثانى باطل قطعا لاستلزامه ترجيح المرجوح وهو قبيح ومن الحكيم محال - فيتعين الاول - وبهذا البيان يظهر قطعيا ان الله تعالي عين الامام (ع) لذلك -

خامسها ان جملة من الاحكام الشرعية احكام جزائية وقضائية - وسياسية - واجتماعية كالقصاص - والحدود - والقضاء - وقبول الجزية - والجهاد و... ولايمكن اجراء تلك الاحكام الابيد الحاكم على الامة - وقدصرح فى جملة من(١) الاخبار انها الامام المسلمين ولذلك نرى ان النبى (ص) حين ماساعده الظروف اسس حكومة اسلامية عادلة و كك الامام على ابن ابى طالب (ع) اسس الحكومة وحارب مع من خالفه فى ذلك.

ولاية التصرف فى الاموال والانفس

الرابع - فى ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية بمعنى نفوذ كل تصرف منهم فى اموال الناس وانفسهم - وبعبارة اخرى فى الولاية الظاهرية التى هى من المجعولات الشرعية المترتب عليها جواز التصرف - فقد استدل لثبوتها لهم بوجوه - منها الاية الشريفة (٢) النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم وما كان مساقه مساقها - و اورد على الاستدلال بها (تارة) بانها مختصة بصورة التزاحم - للانصراف - ولان الولاية لاتقبل

---

١ - المستدرك باب ٥ من ابواب صلاة الجمعة وآدابها

٢ - سورة الاحزاب آية ٦

الشدة والضعف فلابدوان يكون التفضيل مجازياوالمراد ثبوت الولاية عند التزاحم للنبى(ص) وانتفائها عن غيره(واخرى)بانه انما تكون الاية فى مقام بيان عدم اختصاص رياسته(ص) بالرياسة الروحانية بل تعم الرياسة الدنيوية والحكومة فلاتدل اولويته بكل شخص من نفسه - ولكن - (يردالاول) ان الانصراف ممنوع - والولاية قابلة للشدة و الضعف كما هو ظاهرها (ويرد الثانى) مضافا الى كونه خلاف الظاهر - انه ينافيه النبوى (١) انا اولى بكل مؤمن من نفسه .

فالحق- ان يقال انها تدل على ثبوت ولاية وسلطنة على الناس اقوى واشد من ولاية الشخص على نفسه ومن الضرورى ان ولاية الشخص على نفسه انماهى فى التصرف السببى من الطرق و الاسباب الشرعية كبيع ماله وتزويج المرئة وتطليق زوجته . واما التصرف بلا سبب او بسبب غير شرعى فليس له الولاية عليه حتى تثبت تلك بنحو اشد للنبى(ص) مثلا ليس له ان يعطى الانتفاع بزوجته لغيره فلا يكون ذلك ثابتا له (ص) وكذلك الاحكام المحضة كالارث (و بالجملة) الاية الشريفة ليست فى مقام التشريع للاحكام بل هى فى مقام بيان تشريع الولاية وتدل على انها ثابته له فيما للشخص على نفسه من الولاية لافى از يد من ذلك (ويؤيد) ماذكرناه من عدم ثبوت الولاية لهم ازيد مما للشخص على نفسه بل يشهد له ما (٢) فى ذيل حديث طويل مروى عن كتاب نزهة الكرام و بستان العوام تاليف محمد بن الحسين بن الحسن الرازى - فقال له (اى للكاظم -ع-) قدبقى مسألة تخبرني بها ولاتضجر فقال له سل فقال خبرونى انكم تقولون ان جميع المسلمين عبيدنا وجوارينا وانكم تقولون من يكون لناعليه حق ولا يوصله الينا فليس بمسلم، فقال له موسى (ع) كذب الذين زعموا اننانقول ذلك واذا كان الامر كذلك فكيف يصح البيع والشراء عليهم ونحن نشترى عبيد اوجوارى ونعتقهم ونقعد معهم ونا كل معهم ونشترى المملوك ونقول له يابنى وللجارية يابنتى و نقعدهم

١- الاصول من الكافى ج١-ص٤٠٦ حديث ٦

٢- كتاب النجوم للسيد ابن طاوس

ياكلون معنا تقربا الى الله سبحانه فلوانهم عبيدنا وجوارينا ماصح البيع والشراء وقد قال النبى (ص) لماحضرته الوفاة الله الله فى الصلاة و ما ملكت ايمانكم يعنى صلوا و اكرموا مماليككم وجواريكم ونحن نعتقهم وهذا الذى سمعته غلط من قائله ودعوى باطلة ولكن نحن ندعى ان ولاء جميع الخلايق لنا يعنى ولاء الدين وهؤلاء الجهال يظنونه ولاء الملك حملوا دعواهم على ذلك ونحن ندعي ذلك لقول النبى (ص) يوم غدير خم من كنت مولاه الخ ـ فانه ـ يدل على ماذكرناه.

قال بعض الاكابر بعد استظهار ذلك من الادلة ـ لكن الظاهر ان سيرة النبي (ص) والائمة صلوات الله عليهم لم يكن كك بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض وهو الظاهر من ملاحظة التواريخ و الاخبار فلاحظ كلام امير المؤمنين فى نهج البلاغة فى جواب اخيه عقيل ومراجعته الى الامير صلوات الله عليه انتهى.

ومنها النصوص الدالة على ان الدنيا ومافيها لهم عليهم السلام و ان لهم التصرف فيها كيف ماشاؤ الاحظ مكاتبة (١) ابن الريان الى العسكرى (ع) قال كتبت اليه روى لنا ان ليس لرسول الله (ص) من الدنيا الا الخمس فجاء الجواب ان الدنيا وما عليها لرسول الله (ص) ومرسل (٢) احمد بن محمد بن عبد الله الدنيا ومافيها لله تبارك وتعالى ولرسوله ولنا فمن غلب على شيء منها فليتق الله الحديث ـ وخبر (٣) ابى بصير عن الصادق (ع) قلت له اما على الامام زكاة فقال احلت يا ابامحمد اماعلمت ان الدنيا والاخرة للامام (ع) يضعها حيث يشاء ويدفعها الى من يشاء و نحوها غيرها ـ فان الظاهر من هذه الاخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس واموالهم من غير جعل جاعل للرسول (ص) والامام (ع) بالجعل ـ غير المنافى مع ملكية الناس ـ وهذه عبارة اخرى عن الاولوية بالتصرف فيها منهم.

ومنها ـ الاجماع و الظاهر ثبوته لكن مستند المجمعين معلوم ـ ومنها غير ذلك ـ ولظهور عدم دلالة ما ذكروه اغمضنا عن التعرض له وفيما ذكرناه كفاية.

---

١ ـ ٣ ـ اصول الكافى ج ١ ـ ص ٤٠٩ ـ حديث ٦-٤ ـ باب ان الارض كلها للامام

ـ ٢ ـ اصول الكافى ج ١ ص ٤٠٨ حديث ٢

وجوب اطاعة المعصوم(ع)

الخامس فی وجوب الاطاعة ـ یمکن ان یستدل للزوم اطاعتهم فی اوامرهم الشخصیة العرفیة الراجعة مصلحتها الیهم بوجهین ـ احدهما ـ الایات والنصوص المتواترة الدالة علی افتراض طاعتهم ـ وان معصیتهم کمعصیة الله تعالی ـ کقوله سبحانه (١) اطیعوا الله واطیعوا الرسول واولی الامر منکم ـ وقوله (٢) تعالی فلیحذر الذین یخالفون عن امره ان تصیبهم فتنة او یصیبهم عذاب الیم ـ وقوله (٣) عزوجل من یطع الرسول فقد اطاع الله و من تولی فما ارسلناك علیهم حفیظا ـ وصحیح (٤) زرارة عن ابی جعفر عليه السلام ذروة الامر و سنامه ومفتاحه و باب الاشیاء و رضا الرحمن تبارك و تعالی الطاعة للامام بعد معرفته(ع) ـ وخبر (٥) الحسین بن ابی العلاء قال ذکرت لابی عبدالله عليه السلام قولنا فی الاوصیاء ان طاعتهم مفترضة فقال نعم هم الذین قال الله تعالی اطیعوا الله واطیعوا الرسول واولی الامر منکم وهم الذین قال الله عزوجل انما ولیکم الله ورسوله والذین آمنوا ـ الی غیر ذلك من الاخبار المتواترة ـ اذ اختصاص هذه باجمعها بالاوامر الشرعیة خلاف ظواهرها من جهة ان الاطاعة فیها اطاعة بالذات لامره تعالی و اطاعة بالعرض للوسائط و الاطاعة التی تکون بالذات اطاعة لهم هی اطاعتهم فی الاوامر الشخصیة ومعلوم ان ظاهر الایات و الروایات ارادة الثانیة .

الوجه الثانی ـ انهم صلوات الله علیهم مجاری الفیوضات و اولیاء النعم

---

١ ـ النساء آیة ٥٩

٢ ـ النور آیة ٦٤

٣ ـ النساء آیة ٨٣

٤ ـ ٥ ـ اصول الکافی ج١ ـ ص١٨٥ باب فرض طاعة الائمة حدیث١ ـ ٧

باجمعها من المال و الولد و الاعضاء وغيرها فهم المنعمون بالواسطة و قداستقل العقل بوجوب شكر المنعم ومعلوم انصرف النعمة فى سبيل اطاعة المنعم شكر و تركه كفران فيحسن الاول عقلا ويقبح الثانى كك وبالملازمة يستكشف الوجوب.

(**قوله قده يكفى فى ذلك منها مقبولة الخ**) الاستدلال بهذه النصوص فى هذين المقامين يتوقف على دلالتها على ثبوت الامرين للفقيه وسياتى الكلام فى ذلك فى المسألة الاتية فانتظر .

فی اشتراط تصرف الغیر باذنهم

(**قوله قده بان الابوة اذا اقتضت وجوب اطاعة الاب الخ**) تقريب الاولوية ان الاب من جهة كونه مقدمة اعدادية لتكوين الابن واجب الاطاعة عليه - فالنبى (ص) الذى هو واسطة التكوين ومجرى الفيض اولى بذلك (ولكن) يمكن ان يقال انه لم يثبت كون مناط وجوب الاطاعة وعلته ذلك وعليه فلاوجه لدعوى الاولوية ولعله الى هذا اشار بقوله فتامل .

(**قوله قده واما بالمعنى الثانى اعنى اشتراط تصرف الغير باذنهم الخ**)

اقول لاكلام فى الموارد الخاصة التى دل الدليل بالخصوص على ثبوت الولاية لهم بهذا المعنى كالحدود والتعزيرات والحكومات والجهاد وغيرها (كما) لاكلام فى ثبوتها لهم فى الامور التى ثبت انها وظيفة الرئيس لما دل من النصوص على ان لهم الرياسة كخبر الفضل و غيره وانهم ولاة الامر واولى الامر (كما) لاينبغى التوقف فى عدم ثبوتها لهم بالاضافة الى الوظائف الشخصية لكل فرد من افراد الرعية من العبادات والمعاملات (انما) الكلام فيما اذا جهل الامر ولم يحرز ان التصرف من اى الاقسام - فان احتمل كونه من وظيفة الامام خاصة فتارة لايحرز كون الفعل مطلوبا للشارع على كل تقدير - واخرى يحرز ذلك فعلى الاول تجرى اصالة البرائة عنه بالاضافة الى الرعية - وعلى الثانى حيث ان توجه التكليف الى المكلفين بنحو الواجب الكفائى

بالتفصيل الذى سيمر عليك معلوم فلا مورد للاصل - وان احرز ان التكليف ليس مختصا به وانه متوجه الى المكلفين بنحو الواجب الكفائى او العينى - ولكن احتمل دخل اذنه (ع) فيه - كان المرجع اطلاق دليل المنع - او دليل الجواز - لو كان - والا - فمع التمكن من الرجوع اليه (ع) لابد من ذلك ولامجال للرجوع الى الاصل لانه لايرجع اليه مع التمكن من الفحص - وان لم يتمكن من ذلك فان احتمل كون اذنه من قبيل شرط الوجوب تجرى اصالة البرائة مع عدم تحقق الاذن - وان احتمل كونه من قبيل شرط الواجب دخل فی مسألة الاقل والاكثر الارتباطيين .

ولاية الحاكم الشرعی

(قوله قده انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه باحد الوجهين المتقدمين الخ) اقول تنقيح القول فی المقام انه لاشبهة ولاريب فی ان منصب القضاوة - من فصل الخصومة والامور التى يرجع فيها فی العرف الى القاضى كاخذ الحق من المماطل وحبسه وبيع ماله والتصرف فی مال القصر و نصب القيم و ماشاكل - ثابت للفقيه الجامع للشرائط - ويشهد به - مشهورة (١) ابی خديجة المروية فی الكافی - و التهذيب والفقيه وغيرها باسانيد مختلفة ومتون متفاوتة فی غير الجملة التى هی مورد للاستشهاد قال بعثنی ابو عبدالله (ع) الى اصحابنا فقال قل لهم اياكم اذا وقعت بينكم خصومة - الى ان قال اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا فانی قد جعلته عليكم قاضيا الحديث - وظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاة المنصوبين من قبل ائمة الجور ومن المعلوم ان من كان يجعل له منصب القضاوة لم يكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع اليه ساير ما اشرنا اليه بل فی زماننا ايضا القضاة يتصدون لما ذكر فيثبت هذا المقام للفقيه (وبه يظهر) اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة ولايستفاد منها

١- التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣ حديث ٥٣- وج ٦ ص ٢١٩ حديث ٨- والكافی ج ٢ ص ٣٥٨- والفقيه ج ٣ -ص ٢ والوسائل باب ١١ -من ابواب صفات القاضی حديث ٦

ازيد من ذلك (مع) انه لو كان الخبر مسوقا لبيان ذلك لكان قوله اجعلوا بينكم الخ كافيا ولم يكن حاجة الى ضم هذه الجملة ـ فالظاهر ان هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التى من مصاديقها المورد .

واورد عليها بضعف السند لوجهين ـ احدهما ان فى طريقها المعلى بن محمد ـ الثانى ما افاده المحقق النائينى وهو ان لابى خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق وهى زمان متابعته للخطابية وحالتى استقامة وهما قبل الاعوجاج وبعده ولم يعلم انه رواها فى اى الحالات (ولكن) يمكن دفع الاول بان الخبر مروى بطرق مختلفة منها ما فى الفقيه عن احمد بن عائد عن ابى خديجة وطريقه اليه هو ـ ابوه عن سعد بن عبدالله عن احمد ابن محمد بن عيسى عن الحسن بن على الوشاء ـ وهؤلاء كلهم ثقات كما ان احد طريقى الشيخ فى التهذيب اليه قوى ـ مع ـ ان المعلى من مشايخ الاجازة على ما افاده المحقق المجلسى ره وهو يكفى فى قبول رواياته ـ ويدفع الثانى ـ ما حقق فى محله من ان سالم بن مكرم اباخديجة ثقة.

ولا كلام ايضا فى ثبوت منصب الفتوى له وان للعوام ان يقلدوه ـ ويدل عليه الايات والروايات وبناء العقلاء على رجوع الجاهل الى العالم ـ على ما فصلنا القول فى ذلك فى كتاب الاجتهاد والتقليد .

تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد

انما الكلام فى انه هل يكون المجتهد هو الحاكم المطلق ومنفذ الحكم ووظيفته تشكيل الحكومة اما بنفسه او بنصب شخص من قبله ـ ام لا ـ المعروف بين الاصحاب هو الاول بل فى عوائد النراقى دعوى الاجماع عليه قال حيث نص به كثير من الاصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلمات ـ

وهو الحق الذى لا ريب فيه لان مـن جملة احكام الاسلام بـل والمهم منها احكاما

جزائية ـ وقضائية ـ وسياسية ـ واجتماعية ـ كالقصاص ـ والديات ـ والحدود ـ والجهاد والصلح ـ والقضاء ـ وقبول الجزية ـ و... ولا يمكن اجراء تلك الاحكام الا بيد الحاكم على الامة ـ وبعبارة اخرى ـ ان الاحكام التى اتى بها نبى الاسلام (ص) انما هى قوانين كلية وبديهى ان القانون ان لم يكن له مجر لا يفيد ويكون لغوا فيعلم من ذلك ان النبى (ص) الذي جاء بتلك القوانين وحين ماساعده الظروف شكل الحكومة بنفسه وكك وصيه امير المؤمنين عليه السلام ـ عين شخصا لاجراء تلك الاحكام ـ وليس فى هذا الزمان غير المجتهد الذى قال (ص) فى حقه انه خليفتى ووارثى وقال الامام (ع) هو الحجة عليكم الى غير ذلك من التعابير التى ستمر عليك مع انه لا يكون ثمة احد اعرف بمبانى الاسلام منه فهو المتعين لان يكون قائما بالحكومة وعلى رأسها .

وان شئت قلت انه لاريب فى ان وظيفة المجتهد فى هذا العصر اجراء احكام الاسلام وحفظ امن البلاد الاسلامية والتحرز من مكائد الاستعمار وحفظ استقلال البلاد الاسلامية ـ والدفاع عن حريم الاسلام والقرآن وقطع يد من تسول له نفسه العبث فى بلاد المسلمين وحفظ المسلمين من يد الاجانب ومن عبثهم فى عقول المسلمين وعقد الذمة والعهود واجراء الحدود ـ والامر بالمعروف والنهى عن المنكر ـ وهل يمكن شىء من ذلك الا من قبل الدولة والحكومة القوية العادلة ـ قال الله تعالى (١) واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ـ هل يمكن ذلك الا من قبل الحاكم ـ وقد تقدم خبر الفضل عن الامام الرضا عليه السلام المتضمن ـ انا لانجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا الا بقيم ورئيس لما لابد لهم منه فى امر الدين والدنيا فلم يجز فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لابد لهم منه ولا قوام لهم الا به ـ فان هذا البرهان العقلى جار فى زمان الغيبة ايضا .

ويشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الاخبار منها مقبولة (٢) عمر بن حنظلة

---

١. الانفال ٦٣

-٢- الكافى ج ١- ص٦٧ حديث ١٠- التهذيب ج٦ ص٣٠١ حديث ٥٢ - الفقيه ج٣ ص ٥ - الاحتجاج ص١٩٤ - الفروع ج٧ ص٤١٢ - الوسائل - باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث١

عن ابى عبدالله (ع) ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فانى قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد و الراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله - حيث انه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كساير الحكام المنصوبين فى زمان النبى صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة - ومن المعلوم ان الحاكم المنصوب فى تلك الازمنة كان يرجع اليه فى جميع الامور العامة التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم - فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا بهذا المعنى - وبعبارة اخرى الحاكم هو المنفذ الحكم - واورد عليها (تارة) بضعف السند لانه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق (واخرى) بان الظاهر من الحاكم هو القاضى لان مورد السؤال و التحاكم هو الترافع الى القاضى وقوله فاذا حكم بحكمنا اى قضى فهى تدل على جعل منصب القضاوة له - ولكن (يرد الاول) ان الاظهر وثاقة الرجل لتوثيق الشهيد الثاني اياه قال انا حققنا توثيقه من محل آخر - ولورود روايتين دالتين(١) عليها - ولغير ذلك من الشواهد مع ان الاصحاب تلقوها بالقبول ولذلك سميت بالمقبولة (و يرد الثانى) ان المسلم عند الاصحاب ان خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد - مع - انه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفى قوله ينظر ان من كان الخ ولم يكن حاجة الى هذه الجملة سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذى يكون صالحا لكون الجملة بيانا لكبرى كلية من مصاديقها المورد.

ومنها (٢) ما رواه الصدوق باربعة طرق عن على (ع) قال رسول الله (ص) اللهم ارحم خلفائى - ثلاثا - قيل يا رسول الله (ص) ومن خلفائك قال الذين ياتون بعدى يروون حديثى وسنتى - وزاد فى بعض الروايات فيعلمونها الناس من بعدى - وحيث انه عند

---

١ - رواهما العلامة المامقانى فى رجاله احداهما عن التهذيب - والاخرى عن الكافى

٢ - عيون الاخبار ج٢ ص٣٧ حديث ٩٤ - معانى الاخبار ص٣٧٤

الفقيه ج٤ ص ٣٠٢ حديث ٥٣ - الوسائل - باب ٨ - من ابواب صفات القاضى حديث ٥٣ - وباب ١١ منها حديث ٧

دوران الامر بين الزيادة و النقيصة مقتضى الاصل البناء على وجود ما نقص ـ فالظاهر ان متن الحديث مع هذه الزيادة وظهوره ح فى ارادة الفقهاء من الرواة فى غاية الوضوح ـ و بعبارة اخرى ـ المراد من راوى الحديث و السنة هو من يعلم الناس احكام الاسلام لا مجرد لقلقة اللسان وهذا يلازم مع الفقاهة ـ فيدل الخبر على ان الفقيه خليفة رسول الله (ص) و الخليفة يقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه فى كل ماهو له ـ وان شئت قلت ان كون الرئاسة و الحكومة حق خليفة رسول الله (ص) و منصبه المفوض اليه كان من الامور الواضحة المسلمة عند الكل ولذلك كان كل من ملوك بنى امية و سلاطين بنى العباس بل ومن قبلهم من رؤساء الحكومة الاسلامية مدعيا لخلافة رسول الله (ص) لتصدى ذلك المقام و على ذلك فتعيين رسول الله (ص) العلماء خلفائه يكون دالا بالملازمة البينة على جعلهم حكاما منفذ الحكم ورؤساء للحكومة الاسلامية .

ومما يؤيد ماذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة فى جعله منفذ الحكم ورئيسا الاية الكريمة (١) ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق ـ فان كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه فى الاية وانما امر فيها بالحكم و عدم اتباع الهوى.

و منها التوقيع (٢) الشريف المروى فى كتاب اكمال الدين و اتمام النعمة ـ للصدوق ـ و كتاب الغيبة ـ للشيخ ـ و الاحتجاج للطبرسى فى جواب مسائل اسحاق بن يعقوب واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله. بتقريب ان المراد بالحوادث من جهة كونها جمعا محلى باللام كل حادثة يرجع فيها الرعية الى رئيسهم من غير فرق بين كونها من السياسيات او الشرعيات ومن غير فرق بين ان تكون

---

١ ـ سورة ص آية ٢٦ ـ

٢ ـ اكمال الدين و اتمام النعمة طبع الكمبانى ص ٢٦٦ ح ٤ باب التوقيع ـ كتاب الغيبة ص ١٩٨ ـ الاحتجاج طبع النجف ص ١٦٣ ـ الوسائل باب ١١ ـ من ابواب صفات القاضى حديث ٩

مرتبطة بشخص خاص او بالمجتمع ـ فتشمل ما كان من قبيل اخراج الاجانب النفط و ساير المعادن و عقد الذمة مع الدول الاخر و مالو توجه الخطر من جانب الاجانب الى الدولة الاسلامية ـ و ماشاكل فيدل على ان راوى الحديث المجعول حجة على الامة و هو الفقيه الجامع للشرائط ـ مرجع فى جميع تلك و ليس معنى الحكومة و كون الشخص حاكما و منفذ الحكم الا ذلك (و احتمال) ارادة حوادث خاصة نظرا الى ان اللام للعهد و اشارة الى الحوادث المسئول عنها التى ليست بايدينا (يندفع) بان توصيف الحوادث بالواقعة يدفع ذلك.

وقد يقال ـ انه تضمن الرجوع فى الحوادث الى الفقيه ـ ولايدل على وكول نفس الحادثة اليه ليباشره بنفسه او بمن ينصبه كما ادعاه المصنف ره ـ والظاهر من ذلك الرجوع فى حكمها اليه لا ايكالها اليه (ولكن) يندفع ذلك بان الرجوع فى كل حادثة الى الفقيه و اكسب الوظيفة منه و لزوم العمل بكل مايعينه ولو كان هو الدفاع عن المملكة الاسلامية و حفظ حدودها وماشاكل عبارة اخرى عن كونه حاكما مطلقا ـ و يناسب هذا المعنى التعليل بانه حجة من قبل من هو حجة من قبل الله المسلط على العالم ومافيه .

ومنها ما(١) روى عن الحسين بن على عليهما السلام مجارى الامور و الاحكام على ايدى العلماء بالله والامناء على حلاله فانتم المسلوبون تلك المنزلة و ماسلبتم ذلك الابتفرقكم عن الحق و اختلافكم فى السنة بعد البينة الواضحة ولو صبرتم على الاذى و تحملتم المؤونة فى ذات الله كانت امور الله عليكم ترد و عنكم تصدر و اليكم ترجع و لكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم و استسلمتم امور الله فى ايديهم الخ ـ وتقريب الاستدلال به ان المراد بالعلماء فى الخبر غير الائمة بقرينة ساير الفقرات المتضمنة لتفرقهم عن الحق واختلافهم فى السنة و ان المخاطب فيه هم العلماء الساكتون غير الامرين بالمعروف و غير العاملين بالوظيفة وغير ذلك من القرائن ـ ويدل الحديث على ان مجارى الامور

---

١ ـ تحف العقول ص٢٣٧

على ايديهم ولامعنى لمجارى الامور فى مقابل مجارى الاحكام سوى الامور المربوطة بالحكومة الاسلامية ويؤكد ذلك مافى ذيله من قوله واستسلمتم امور الله فى ايديهم فان ما استسلموه هو الحكومة وما يرتبط بها - وايضا تضمن الخبر ان العلماء غصب حقهم ومن المعلوم ان المغصوب ليس غير الحكومة (وعلى الجملة) من تدبر فى الخبر صدرا وذيلا يظهر له ان مراد الامام الشهيد صلوات الله عليه ان العلماء هم الحكام وان تشكيل الحكومة من وظائفهم و قد غصب الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الامر بالمعروف والنهى عن المنكر - وعدم المصانعة عند الظلمة وما شاكل والله العالم .

ومنها خبر(١) على بن ابى حمزة عن ابى الحسن موسى بن جعفر (ع) اذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة و بقاع الارض التى كان يعبدالله عليها و ابواب السماء التى كان يصعد فيها باعماله و ثلم فى الاسلام ثلمة لايسدها شيء لان المؤمنين الفقهاء حصون الاسلام كحصن سور المدينة لها - وتقريب الاستدلال به انه يدل على ان حصن الاسلام وحافظه هو الفقيه و حيث ان احكام الاسلام لاتنحصر بالعبادات - بل منها - احكام اجتماعية وسياسية وقضائية وجزائية ولايمكن حفظ تلك الاحكام و كون الفقيه حصنا يدافع عنها الا من قبل حكومة قوية صالحة - ولذلك نرى ان الاستعمار الاروبى علم من اول وهلة ان استعماره لايتم مادام القرآن هو الكتاب السماوى الذى يتبعه المسلمون ويجرون احكامه وقوانينه ويتبعون ارشاداته وتعاليمه وبهذا صرح - كلادستون - رئيس وزراء بريطانيا فى ذلك الوقت - ومن ذلك الوقت اتجه وجهة اخرى فاخذ يسعى بشتى الطرق والوسائل لتضعيف الاسلام وكان من جملة مصائده وحبائله نغمة التفكيك بين الدين والسياسة وصارت تلك من اخطر الوسائل فى ايديهم - وسببا لما نرى الان من حال الاسلام والمسلمين والبلاد الاسلامية (وبالجملة) احكام الاسلام - من الجهاد والمهادنة وعقد الذمة والعهود واجراء الحدود والقصاص وقبول الجزية

١ - اصول الكافى ج ١ - ص ٣٨ باب فقد العلماء حديث ٣

و ماشاكل لايمكن حفظها الامع كون الحكومة بيد الفقيه اومن ينصبه الفقيه لذلك فجعل الفقيه حصنا للاسلام لايكون الابجعله حاكما مطلقا منفذ الحكم.

ومنها خبر (١) السكونى عن ابى عبدالله (ع) قال رسول الله (ص) الفقهاء امناء الرسل مالم يدخلوا فى الدنيا قيل يارسول الله (ص) وما دخولهم فى الدنيا قال (ص) اتباع السلطان فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم ـ و تقريب الاستدلال به ان الامين من فوض عليه حفظ مافوض اليه وقد فوض الى الفقهاء الاحكام الشرعية وقد مر فى الخبر السابق ان حفظ الاحكام الشرعية لايمكن الامن قبل حكومة اسلامية قوية ـ وقوله مالم يدخلوا الخ يمكن ان يكون اشارة الى ان الاهمال فى تشكيل الحكومة وصيرورة المتبوع تابعا والمخدوم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه امينا.

ومنها ما (٢) رواه فى الكافى ـ وامالي الصدوق ـ وفى اول المعالم باسانيد عديدة متصلة عن ابى عبدالله (ع) قال رسول الله (ص) من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا الي الجنة و ان الملائكة لتضع اجنحتها لطالب العلم رضابه وانه يستغفر لطالب العلم من فى السماء الى ان قال وان العلماء ورثة الانبياء ان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما ولكن ورثوا العلم فمن اخذ منه اخذ بحظ وافر ـ وتقريب الاستدلال به انه يدل على ان العالم وارث الانبياء فى العلم والمراد به الاحكام و الحقائق والقوانين التى جائوا بها فكما انهم موظفون بنشرها واجرائها كى ينتفع بها الناس فكك العالم موظف بذلك و قد مر ان اجراء الاحكام الشرعية باجمعها لايمكن الابيد الحاكم المطلق ـ ودعوى ـ ان المراد بالعلماء هم الائمة ـ غريبة ـ يدفعها صدر الخبر الوارد فى ثواب طلب العلم (مع) انه بهذا المضمون روايات صريحة فى ارادة غير الائمة الهداة صلوات الله عليهم مثل ما (٣) فى البحار ـ وقال امير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد تفقه فى الدين فان الفقهاء ورثة الانبياء وفى المقام روايات اخر قريبة المضمون مع ما تقدم يظهر كيفية

---

١ ـ اصول الكافي ج١ ـ ص٤٦ باب المستاكل بعلمه حديث ٥

٢ ـ اصول الكافي ج١ ـ ص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم

٣ ـ ج١ ـ ص٢١٦ الطبع الحديث

الاستدلال بهامما تقدم فلاوجه لتطويل الكلام بذكر كل واحدمنها .

العالم المختلف ابواب الحكام آفة الدين

ثم انه قد تضمنت الاخبار ذم العلماء الذين يختلفون ابواب الحكام ولايحترزون عن مخالطتهم ـ لاحظ خبر (١) السكوني عن ابي عبدالله (ع) قال رسول الله (ص) الفقهاء امناء الرسل مالم يدخلوا فى الدنيا قيل يارسول الله (ص) و مادخولهم في الدنيا قال (ص) اتباع السلطان فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم ـ والنبوى (٢) العلماء امناء الرسل على عباد الله عزوجل مالم يخالطوا السلطان فاذافعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم واعتزلوهم ـ والنبوى (٣) شرار العلماء الذين ياتون الامراء وخيار الامراء الذين ياتون العلماء ـ والخبر (٤) قال (ع) العلماء احباء الله ماامروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولم يميلوا فى الدنيا ولم تختلفوا ابواب السلاطين فاذا رأيتهم مالوا الى الدنيا و اختلفوا ابواب السلاطين فلاتحملوا عنهم العلم ولا تصلوا خلفهم ولاتعودوا امراضهم ولا تشيعوا جنائزهم فانهم آفة الدين وفساد الاسلام يفسدون الدين كما يفسد الخل العسل الى غيرذلك من الاخبار (و الظاهر) ان منشأهذه التشديدات العظيمة والسرفيها ـ وجهان ـ احدهما ـ ان العالم جعل متبوعا وحاكما ومخدوما ـ فاذاصار تابعا وخادماو محكوما كان ذلك انعكاسا على ام الرأس ومثله هو الذى يقوم فى العرض الاكبر مع المجرمين ناكسى رؤوسهم عندربهم ـ الثاني ـ ان السلطان و الملك قد غصب حق المجتهد و تصدى للحكومة فاختلاف بابه تقرير لظلمه و تعديه فلايجوز ـ و بذلك يظهر الوجه

١ـ اصول الكافى ج١ ـ ص٤٦ باب المستاكل بعلمه

٢ـ المحجة البيضاء ج١ ـ ص١٤٤

٣ـ المحجة البيضاء ج١ ص ١٤٢ ـ و اخرجه ابن عبد البر فى العلم بلفظ آخر على نقل وبلفظه نقله الشهيد فى المنية

٤ـ خراجية الفاضل القطيفى

لما في روايات كثيرة من ذم السلاطين والنهي عن اختلاف ابوابهم والامر بالهرب منهم - و في المقام مطالب هامة يعجبني التعرض لها وللاخبار الواردة عن ائمة الدين فيها ولكن الظروف لاتساعد والى الله المشتكى - فالمتحصل مماذكرناه انه لاينبغي التوقف في ان تشكيل الحكومة وظيفة المجتهد الجامع للشرائط .

مزاحمة احد المجتهدين لاخر

ثم انه يقع الكلام في انه هل يجوز لاحاد المجتهدين مزاحمة الاخرين املا - و تنقيح القول في ذلك انه تارة يتصدى احدهم للرئاسة و الحكومة - واخرى لم يستقر له الامر ويريد التصدى لها - امافي الصورة الاولى فلااشكال في عدم جواز المزاحمة ان كان المتصدى اهلا لذلك اذ مضافا الى ان المزاحمة موجبة لتضعيف الحكومة الاسلامية وهو بديهي الحرمة - يشهد لعدم جوازها قوله (ع) في مقبولة (١) ابن حنظلة المتقدمة فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد و الراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله - فان تصدى المجتهد ح كتصدى الامام (ع) فمزاحمة الثاني اياه كمزاحمته للامام - وهي مستلزمة للرد عليه و هو رد على الامام فلايجوز (اضف) الى ذلك انه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة و هو غير جائز قطعا (مع) ان الادلة انما تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم المتصدى له ففي فرض التصدى لادليل على ثبوته لاحد (والى) هذا نظر المحقق النائيني ره حيث قال ان الفقيه ولي من لاولي له فاذا تحقق الولي فلاولاية لاخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولي من لاولي له - كما ان الظاهر (الى) هذا نظر من قال ان دليل الولاية ان لم يكن لفظيا فالمتيقن منه انما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدى احد و الا فيرجع الى الاصل وهو يقتضي عدم الولاية وان كان لفظيا فاطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة فعند الشك لابد من الرجوع الى الاصل المتقدم .

١- الوسائل - باب ١١- من ابواب صفات القاضي حديث ١

واما فى الصورة الثانية فان قلنا باعتبار الاعلمية كمايشهد به ماروواه(١) فى البحار عن كتاب الاختصاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من تعلم علما ليمارى به السفهاء اوليباهى به العلماء اويصرف به الناس الى نفسه يقول انا رئيسكم فليتبوء مقعده من النار ان الرئاسة لاتصلح الالاهلها فمن دعى الناس الى نفسه وفيهم من هو اعلم منه لم ينظر الله اليه يوم القيامة فلااشكال فى عدم جواز المزاحمة ـ والافالاظهر جواز المزاحمة بمعنى ترتيب المقدمات والتوسل بكل امر جائز فى نفسه للوصول الى ذلك المقام السامى بل لو كان يرى نفسه احق وابصر بالامور وانه لو تصدى لذلك كان يخدم الاسلام والمسلمين احسن مما لو تصدى الاخر يجب عليه ذلك والله العالم .

عدم اولوية الفقيه بالتصرف فى الاموال والانفس

فالمتحصل مما اسلفناه ثبوت منصب الفتوى ـ والقضاوة ومايتبع هذا المنصب والحكومة المطلقة ـ للفقيه ـ وعليه فكل امر يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع المسلمون فيه الى الفقيه كما انه المرجع فى كل امر يكون بيد القضاة كما مر و اما غير تلك من ماثبت للامام (ع) من اولويته بالتصرف فى الاموال والانفس ـ و لزوم اطاعته فى اوامره الشخصية العرفية ـ وولايته التكوينية ـ فالظاهر عدم ثبوت شىء منها للفقيه بما هو فقيه لاختصاص ادلتها بالامام (ع) .

(قوله قده فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلادليل على وجوب الدفع الخ) وقد التزم هو قده فى كتاب الزكاة بوجوب الدفع اليه ان طالب واستدل له (بان) منعه رد عليه والراد عليه راد على الله تعالى كما فى مقبولة(٢) ابن حنظلة (وبقوله) ـ ع ـ فى التوقيع الشريف (٣) اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله ـ (ولكن) قد مر ان الخبرين انما يدلان على

---

١ ـ البحار ج٢ ـ ص١١٠ من الطبع الحديث

٢ ـ ٣ ـ الوسائل ـ باب ١١ ـ من ابواب صفات القاضى ـ حديث ١ ـ ٩

ان الحكومة والقضاوة للفقيه ولايدلان على ثبوت شيء آخر كوجوب الاطاعة وحيث ان ذلك ليس شانا من شئون احد المنصبين و بعبارة اخرى ليس مما يرجع فيه العرف الى الرئيس او القاضى فلاوجه لوجوب الرداليه - وما فى المقبولة انما هو كون عدم قبول ماحكم به بحكمهم ردا على الامام لا ان مطلق الرد رد عليه فتدبر - (نعم) اذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكما وسلطانا فطلب الزكاة او الخمس لصرفها فى المصالح العامة والفقراء وجب الدفع اليه لان ذلك من حيثيات الحكومة وشئونها و لذا كان دأب النبى صلى الله عليه وآله والوصى (ع) فى زمان حكومتهما مطالبة الزكاة والاخذ من المانعين جبرا - وبما حققناه يظهر الضابط فيما للفقيه تصديه وماليس له ذلك فتدبر حتى لايشتبه عليك الامر .

ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه

(قوله قده بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى توقف تصرف الغير على اذنه الخ) ملخص القول فى المقام - انما ثبت كونه معروفا اذا علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر الاب فى مال ولده الصغير - اوصنف خاص كالقضاوة - اوعلم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالامر بالمعروف فلا كلام .

وان احتمل ان يكون فى وجوده او وجوبه منوطا بنظر شخص خاص فان كان لدليل ذلك المعروف عموم او اطلاق من هذه الجهة ينفى الاناطة به حتى وان ثبت كونه منوطا بنظر شخص الامام (ع) فى زمان حضوره اذ المتيقن من دليل القيد هو دخل نظر الامام فى زمان الحضور فمع عدم التمكن من الاستيذان منه يكون الاطلاق هو المحكم و لاوجه للتمسك بعموم ادلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للامام (ع) بما هو امام (نعم) ماثبت له بعنوان انه قاض او حاكم ورئيس يثبت للفقيه لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقيه - وعليه - فكل امر مطلوب يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع فيه الى الفقيه - ولعله - يكون من هذا الباب الجهاد مع الكفار - وقدمر الكلام فيه فى

كتاب الجهاد .

وان لم يكن لدليل معروفيته اطلاق اوعموم فان لم يحرز اصل المطلوبية فى زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الامام (ع) فيها - فان ثبت كون دخل نظره (ع) بما انه رئيس و حاكم يحكم بانه مطلوب مع اذن الفقيه وانه لابد فيه من الرجوع اليه لمامر من عموم دليل ولايته بهذا المعنى - وان احتمل دخل نظر شخص الامام (ع) فيه سقطت مطلوبيته كان ذلك من قبيل المعاملات او العبادات للاصل .

وان احرز ارادة وجوده فى الخارج وعلم وجوبه كفاية مع تعذر الاستيذان بان يكون اعتبار اذنه ساقطا عند التعذر - لاكلام - فى ان للفقيه التصدى له لانه اما يعتبر اذنه او هو كغيره ممن يجب عليه كفاية - واما - غير الفقيه فان كان التصرف تصرفا معامليا فالاصل عدم نفوذه الا باذن الفقيه - وان كان غير معاملي فان استلزم ذلك التصرف فى مال الغير اونفسه لم يجز لعموم مادل (١) على حرمة التصرف فى مال الغير اونفسه - والا كمافى الصلاة على الميت - جاز التصدى له بدون اذنه بناءاً على جريان البرائة عند الدوران بين الاقل والاكثر كمالايخفى (وبذلك) يظهر عدم تمامية ماافاده المصنف من اطلاق عدم المشروعية (كما) انه ظهر مافى اطلاق المحقق الخراسانى من الجواز فى غير المعاملات .

فان قيل بناءاً على ماذكر من انه لو كان عموم او اطلاق لدليل ذلك المعروف لم يكن اذن الفقيه معتبرا لابد من البناء على عدم اعتبار اذن الفقيه فى شىء من الموارد لعموم مادل(٢) على ان كل معروف صدقة من النصوص (توجه عليه) ان تلك النصوص من جهة اخذ مشروعية الفعل فى موضوعها لان المعروف هو ما عرفه الشارع و رغب اليه وحث عليه لاسبيل الى التمسك بها لانه مع احتمال اعتبار اذنه لم يحرز كونه معروفا

١- الوسائل باب ٣ - من ابواب مكان المصلى حديث ١-٣- وباب ١ -من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣

٢- الوسائل - باب ٤١ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة

بدون اذن الفقيه فلا يتمسك به (فالاظهر) هو اعتبار اذن الفقيه فى التصرفات المعاملية وما استلزم التصرف فى مال الغير او نفسه .

(قوله قده ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة فى اذن الشارع الخ) مادة الافتراق من جانب التوقيع الامور المختصة بالفقيه كالافتاء والقضاء والحكومة ـ ومن جانب دليل كل معروف صدقة الافعال المطلوبة غير المعتبر فيها اذن احد ـ ومادة الاجتماع التصرف فى مال القصر وما شاكل ـ تقريب ـ الحكومة ان التوقيع يدل على ان الحوادث الواقعة معروفيتها تتوقف على اذن الفقيه (اقول) يرد عليه ان التوقيع اخص من تلك النصوص اذ لا حادثة مهمة يرجع فيها الى الفقيه الا وهو معروف ولا عكس ـ مع ـ ان التوقيع يكون وارداً عليها فانه يدل على دخالة اذن الفقيه في معروفية الحوادث الواقعة ـ اضف ـ الى ذلك مامر من عدم العموم لتلك النصوص كي تدل على عدم اعتبار اذن الفقيه فراجع .

(قوله قده ثم انه قد اشتهر فى الالسن وتداول فى بعض الكتب رواية (١) ان السلطان ولي من لا ولي له الخ) اختلفت كلمات القوم فى المراد من السلطان ـ فعن جماعة ان المراد به الامام (ع) و هو الظاهر من صدر عبارة المصنف ره فى المقام ـ و عن ـ اخرين كالعلامة فى التذكرة و غيره ان المراد بـه مايعم الفقيه المامون القائم بشرائط الافتداء و الحكم ـ و هو الظاهر من عبارة المصنف ره الاخيرة ـ والاظهر هو الثاني ـ فان السلطان من له السلطنة على غيره والامام (ع) وان كان مصداقه الكامل الا ان للفقيه ايضا السلطنة على غيره وهو الحاكم المنفذ الحكم كما مر فمقتضى اطلاق الخبر هو جعل الولاية له ايضا ـ و تقريب الاستدلال به انه يدل على ثبوت الولاية على من لا ولي له او من شانه ان يكون له ولي ـ لمن له السلطنة ـ ولازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف

---

١ ـ التذكرة ج٢ ص٥٩٢ ـ رواه ابوداود فى محكي سننه ج١ ص٤٨١ ـ وابن ماجة تحت رقم ١٨٧٩ ـ واحمد فى مسنده ج ٦ ص ٤٧ ـ وفى عوائد النراقى عائدة ٥٤ انه مروى فى كتب الخاصة والعامة .

متعلق به او بماله كان جائزاً له لو كان مالكا لامره ـ فيجوز للحاكم الشرعي ان يتزوج للمجنون الذي لاولي له ـ وان يزوج المجنونة ـ فان قيل ـ انه ضعيف السند للارسال ـ قلنا ـ ان صاحب الجواهر ره في كتاب النكاح قال ان هذه القاعدة استغنت عن الجابر في خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد ـ والظاهر انه كك ـ فان الفقهاء في باب النكاح يصرحون بان احد الاولياء السلطان والظاهر ان هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص ـ فلا اشكال في الخبر سنداً ودلالة .

ولاية عدول المؤمنين

(قوله قده مسألة في ولاية عدول المؤمنين اعلم ان ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه الخ) ملخص القول في المقام ان المعروف الذي ثبت كونه من وظائف الفقيه ـ وقد مر ضابطه ـ لامحالة يكون التكليف به ساقطاً عند عدم التمكن منه ـ الا اذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به فيجوز ح تصدى غيره .

واما مالم يثبت فيه ذلك ـ فان كان لدليله عموم او اطلاق يقتضي جواز تصدى كل احد فلا كلام ـ والا ـ فان كان احتمال دخل نظر الفقيه واذنه من قبيل شرط الوجوب ـ يكون التكليف به ساقطا مع تعذر الاستيذان منه لاصالة البرائة ـ وان كان من قبيل شرط الواجب فان كان ذلك تصرفا معامليا ـ او كان مستلزما للتصرف في مال الغير او نفسه لم يجز لما تقدم والا جاز ولم يسقط التكليف به لجريان الاصل عند الشك في الاقل والاكثر .

ثم ان ثبوت مطلوبية الفعل بعد تعذر الاستيذان انما يكون باحد طرق (احدها) استفادة ذلك من النصوص ولو مع ملاحظة المناطات و مناسبة الحكم و الموضوع كما في دفن الميت (ثانيها) ان يكون لدليل ذلك المعروف اطلاق ولا يكون الدليل المقيد له بنظر الفقيه مطلقا فانه ح يقتصر في تقييده على المقدار المتيقن وهو التمكن من الاستيذان (ثالثها) استقلال العقل بذلك كما في حفظ مال اليتيم من التلف (رابعها) ان يدل دليل بالخصوص على ذلك كما سيأتي في بيع مال اليتيم (خامسها) جريان السيرة العقلائية بضميمة عدم ردع الشارع عنها كما اذا مرض اليتيم وتوقف نجاته من الهلاكة

علي التصرف فى ماله .

وقد ذكر له طرق اخر (منها) مانسب الى الشهيد ره وهو التمسك بدليل (١) كل معروف صدقة وشبهه - وقد مرانه لعدم احراز الموضوع وهو كون الفعل معروفا من كل احد لاموقع للتمسك به (ومنها) ماافاده المصنف ره وهو ماإذا كان الفعل مقدمة لماهو حسن عقلا - كما لو توقف نجاة اليتيم من الهلاكة على التصرف فى ماله بدعوى انه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاكة على التصرف فى مال الغير بغير اذنه (وفيه) ان الكبرى الكلية تامة - الا انه فى المثال من جهة امكان الصرف من مال نفسه اومن بيت المال لايتم ماافيد فيه - و الكبرى داخلة تحت الطريق الثالث الذى ذكرناه - ثم ان المصنف ره ذكر ان من جملة الأدلة المطلقة لمعروفية الفعل - قوله (ع) عون الضعيف من افضل الصدقة - وقوله تعالى (٢) ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن (اقول) اما الاول فقد عرفت انه لااطلاق له من هذه الجهة (وحاصله) انه من الواضح ان كل مايكون عونا لا يكون صدقة حتى ماكان عونا بفعل محرم فالمراد هو العون بمايكون جائزا شرعا - فلابد من احراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر (واما) الاية الشريفة فان كان الخطاب فيها متوجها الى الاولياء كما ان قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا خطاب اليهم فهى اجنبية عن المقام - وان كان متوجها الى عامة المكلفين - فالا ستدلال بها فى نفسها لامانع منه فانها ح بمفهوم الا ستثناء تدل على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير مطلقا - الا ان من التزم بدلالة التوقيع وغيره على عموم ولاية الفقيه و انها تدل على اعتبار اذن الفقيه فى امثال ذلك ليس له التمسك بعمومها فانه بعد تقيد اطلاقها باطلاق تلك الادلة لايبقى محل للتمسك بها عند تعذر الأستيذان من الفقيه كمالا يخفى .

١- الوسائل - باب ٤١ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة

٢- سورة الانعام آية ١٥٢

فى اشتراط العدالة

(قوله قده بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن - وهو مقتضى الاصل الخ) لايخفى انه قده في ولاية الاب والجد التزم بان مقتضى الاصل عدم اعتبار العدالة وهنا التزم بان الاصل يقتضي اعتبارها - ويمكن ان يؤيد ماذكرناه هناك من ارادته من الاصل بذلك والافالبابان من وادواحد كماهو واضح - وكيف كان فمحصل القول في المقام ان الكلام في اعتبار العدالة ربما يقع في جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة الى نفسه - وربما يقع بالنسبة الى مايتعلق من فعله بفعل الغير بان يكون فعله منضما الى فعل غيره كالايجاب المنضم الى القبول من الغير موضوعا للاثر .

اما المقام الاول فالكلام فيه يقع في موردين - الاول فيما يقتضيه القواعد - الثاني فيما يقتضيه النصوص الخاصة الواردة في بيع مال اليتيم .

اما المورد الاول - فان كان ثبوت معروفية ذلك الفعل باطلاق دليل او عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة - كما انه كك اذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل والفاسق - واما ان كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة - او كان باستكشافه من المناطات ونحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها - لان ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم - ولغيرهم مشكوك فيه والاصل عدمه (مع) ان مقتضى الاصل عدم النفوذ اذا كان التصرف تصرفا معامليا - وعدم الجواز اذا كان تصرفا في مال الغير اونفسه - بالاضافة الى غير العدول .

اما المورد الثاني - فمن النصوص صحيح (١) ابن بزيع - رجل مات من اصحابنا ولم يوص فرفع امره الى قاضي الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صغارا ومتاعا وجوارى فباع عبدالحميد المتاع فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صير اليه وصية وكان قيامه فيها بامر

١- الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٢

القاضي لانه فروج قال فذكرت ذلك لابي جعفر (ع) وقلت له ـ الى ان قال فقال (ع) اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس ـ والكلام في هذا الخبر يقع في جهات ـ الاولى ـ في انه هل يدل على ثبوت الولاية على الصغار الذين لاولي لهم املا ـ الثانية ـ في انه هل يدل على اعتبار العدالة املا ـ الثالثة ـ في انه هل يوجب تقييد اطلاق غيره من الادلة لو كان املا .

اما الجهة الاولى فقد يقال كما عن المحقق الايرواني ره احتماله انه متضمن للاذن الشخصي من الامام (ع) لا لاعطاء الحكم و حيث ان مفاده ليس اعطاء المنصب بل التوكيل ـ فلا ينفع بالنسبة الى اعصار ساير الائمة (وفيه) ان هذا مخالف للظاهر من وجوه ـ منها ـ ان ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعي فالجواب يكون ظاهرا في بيان ذلك ـ ومنها ـ ان ظاهر نفي البأس عن الاعمال التي اتى بها عبد الحميد قبل الرجوع الى الامام ـ ومنها ـ التعبير بمثلك و مثل عبد الحميد اذ لو كان في مقام بيان الاذن الشخصي لم يكن يعبر هكذا (وبالجملة) ظهور الخبر سؤالا وجوابا في بيان اعطاء الحكم لاينبغي انكاره .

و اما الجهة الثانية ـ فالوجوه المحتملة للمماثلة ـ اربعة (الاول) المماثلة في التشيع (الثاني) المماثلة في الوثاقة و ملاحظة مصلحة اليتيم (الثالث) المماثلة في العدالة (الرابع) المماثلة في الفقاهة ـ وقد افاد المصنف ره و تبعه المحقق النائيني ره ان الاحتمال الرابع مناف لاطلاق المفهوم الدال على ثبوت الباس مع عدم الفقيه ولو مع تعذره (وفيه) انه لم يفرض في الخبر لابدية البيع فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه (مع) ان هذا بعينه يرد على ارادة المماثلة في العدالة فانه باطلاقه ح يدل على ثبوت الباس مع تعذر العادل (مضافا) الى ان مورده منطوقا ومفهوما صورة التمكن من امثال محمد بن اسماعيل وعبد الحميد (فالحق) ان يقال ـ ان احتمال ارادة المماثلة في الفقاهة (يدفعه) ان الظاهر كون المراد بعبد الحميد ـ هو ابن سالم العطار لان الكليني وان روى الرواية واطلق عبد الحميد ـ ولكن الشيخ في محكي التهذيب رواها وقيده

بابن سالم - واحتمال اشتباه الشيخ او انه انما يكون التقييد من جهة اجتهاده - بعيد غايته - وماافاده المحقق البهبهاني ره من ان ابن سالم لم يكن فى عصر الجواد (ع) والخبر مروى عنه - يرد عليه - ان ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثم يسئل حكم المسألة كلية ولا يلازم ذلك كون عبد الحميد فى زمانه (ع) وحيث انه ليس صاحب اصل او كتاب فلا يستفاد فقاهته - بل هو غير فقيه (ويدفع) احتمال - ارادة المماثلة فى العدالة - فرض تصرف عبد الحميد فى البيع بمجرد نصب القاضى له كما يظهر من توقفه فى بيع الجوارى لانهن فروج مع ان الرجاليين وثقوه والوثاقة اعم من العدالة (ويدفع) احتمال ارادة المماثلة فى التشيع انه لو كان المراد تلك كان المناسب ان يقال اذا كان من اصحابنا او من اصحابك اومن يعرف امرنا فلاباس فالمتعين ارادة المماثلة فى الوثاقة والامانة فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للامين وان لم يكن عادلا .

واما الجهة الثالثة فبناءاً على ماافاده المصنف ره يكون الخبر مجملا وان البناء على اعتبار العدالة انما يكون من جهة الاخذ بالمتيقن - وعليه - فلاوجه للاخذ به فى مقابل اطلاق دليل اوعموم بل هو يكون مبينا لاجمال هذا كما هو الشأن فى كل مورد كان احد الدليلين مجملا والاخر مبينا.

و منها صحيح (١) على بن رئاب عن الكاظم (ع) عن رجل بينى وبينه قرابة مات وترك اولاداً صغاراً وترك مماليك وغلمانا وجوارى ولم يوص فماترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتخذها ام ولد وماترى فى بيعهم - قال فقال (ع) ان كان لهم ولى يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم وكان ماجورا فيهم قلت فماترى فيمن يشترى منهم الجارية فيتخذها ام ولد فقال (ع) لاباس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم ان يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم (اقول) هذا الصحيح اجنبى عن المقام لان الظاهر من القيم هو القيم الشرعى اما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث او بنصب من بيده الامر - وان شئت قلت - ان الخبر وارد فى مقام بيان جواز الاشتراء من

---

١ - الوسائل باب ١٥ من ابواب عقد البيع وشروطه.

القيم فى مقابل الاشتراء من الصغار وليس فى مقام بيان من به يقوم القيمومة.

و منها موثق (١) زرعة عن سماعة عن رجل مات وله بنون وبنات صغار و كبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك قال (ع) ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلابأس ـ وهذا وان كان يدل على الاكتفاء بالوثاقة الا انه مختص بالقسمة .

و منها صحيح (٢) اسماعيل بن سعد عن الرضا (ع) عن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار و كبار ايحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضى بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة ايطيب الشراء منه ام لا فقال (ع) اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلاباس اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل فى ذلك ـ وقد استظهر منه المصنف ره اعتبار العدالة .

واورد عليه (بان) الظاهر من القاضى الذى تراضوا به هو القاضى الشرعى الذى له الولاية على مال الصغير مطلقا وان لم ينضم اليه العدل اجماعا (و بان) غاية مفاده ثبوت الولاية للعادل وهذا لاينافى ثبوتها لمطلق الثقة الامين فلا مقيد لاطلاق صحيح ابن بزيع (وبانه) انما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة الى المشترى والكلام انما هو فى وظيفة المتصدى للبيع نفسه ـ وفى الكل نظر (اما الاول) فلان السؤال انما هو عن البيع من دون تصدى القاضى و مع تصديه ـ فالجواب يكون عاما للموردين (واما الثانى) فلان الظاهر كون قوله عدل الخ عطفا ـ على قوله ـ رضى الورثة و عليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العادل و يوجب تقييد اطلاق صحيح ابن بزيع (واما الثالث) فلانه بناء على ما ستعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما انها طريق الى ملاحظة صلاح اليتيم ـ يكون جعلها شرطا للشراء مستلزما لجعلها شرطا للبيع والا فجعل جواز البيع للفاسق من غير ان يجوز لاحد الشراء منه لغو ـ فالاظهر

١ـ الوسائل ـ باب ٨٨ من ابواب احكام الوصايا حديث ٢

٢ـ الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

-ان الجمع بين النصوص يقتضي البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين - و الظاهر منها اعتبار العدالة لامن باب الامارية على كون التصرف تصرفا بالاحسن كما ذهب اليه المصنف ره- بل من باب دخلها بنفسها اذ الظاهر من اخذ كل عنوان في الموضوع دخله في الحكم بنفسه لامن باب الامارية الى شيء آخر - وبما ذكرناه ظهر الحال في المقام الثاني فلانعيد .

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه فما افاده المحقق الاردبيلي ره من كون ولاية العدول على مال اليتيم في عرض ولاية الفقيه متين (اللهم) الاان يقال - ان مقتضى اطلاق هذه النصوص وان كان ذلك - الا انه من جهة كونها من مناصب القضاة وقد جعل الشارع الفقيه قاضيا وحاكما فمع وجوده لابد من تصديه لذلك فتدبر فان المسألة تحتاج الى تأمل زايد .

فروع

بقى في المقام فروع -الاول - انه بناء على جواز تصرف الفاسق لو اخبر بالفعل الحسن المطلوب هل يقبل اخباره ام لا- وجهان - والحق ان يقال انه بناءاً على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره لقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به (ودعوى) معارضته مع عموم مادل على عدم حجية خبر الفاسق (مندفعة) بانه لاتعارض بينهما اذ لاتنافي بين عدم قبول اخباره من حيث انه خبر الفاسق وقبوله من حيث انه مالك للتصرف - ولذا ترى انه يقبل اخبار ذى اليد - وان قلنا انه من باب التكليف الصرف لايقبل لعدم جريان القاعدة فيه فالمرجع عموم مادل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثاني - انه بناء على جواز البيع للفاسق اذا تصدى الفاسق للبيع و اوجب و شك من يريد القبول في انه هل يكون الايجاب تصرفا على وجه احسن ام لا- فهل يجرى اصالة الصحة في الايجاب ويحرز بها صحة الايجاب و القبول ام لا وجهان .

قد استدل المصنف ره للثاني بوجهين (احدهما) ان الحكم لم يحمل على التصرف

الصحيح و انما حمل على موضوع وهو اصلاح المال ومراعاة الحال وهذا عنوان لموضوع الاثر ـ و حيث انه قد ثبت فى محله انه يعتبر فى جريان اصالة الصحة فى موضوع الاثر احراز تحقق الموضوع و عنوانه و كون الشك متمحضا فى الوصف والا فمع الشك فى الموصوف لاتجرى اصالة الصحة ففى المقام لاتجرى اصالة الصحة فى الابجاب (الثانى) ان اصالة الصحة فى الايجاب لاتثبت الاصحة الايجاب التاهلية ولايحرز بها تحقق المصلحة وحيث ان القابل ايضا متصرف فى مال الصغير ولابد وان يكون تصرفه على وجه احسن ولايحرز ذلك باصالة الصحة فى الايجاب ـ فاصالة الصحة الجارية فى الايجاب تفيد فى الحكم بترتب النقل .

اقول يرد على الوجه الاول ـ ان هذا الشرط كساير الشرائط انما يكون شرط صحة التصرف وعنوان التصرف الذى هو موضوع الاثر عنوان المعاملة من البيع و غيره ومن شرائط صحته و امضاء الشارع له كونه صلاحا لليتيم ـ وبعبارة اخرى ان الموصوف بالصحة والفساد نفس التصرف المعاملى غاية الامر ان هذا التصرف يمتاز عن ساير التصرفات بكونه مشروطا بشرط زايد ـ و هو كونه صلاحا لليتيم و ما كان و اجدا لهذا الشرط يصح وما كان فاسدا لايصح ومجرد جعله عنوانا او كيفية للتصرف لايجعله من العناوين التى باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف و يكون من قبيل الاعمال الخارجية التى قصد بها البيع اوشىء آخر ـ وعليه ـ فمع احراز اصل التصرف والشك فى صحته و فساده تجرى اصالة الصحة ويحرز بها الصحة (ويرد) على الوجه الثانى ان الذى لابد وان يكون صلاحا لليتيم هو الايجاب و البيع فانه متضمن لاعطاء ماله بعوض ـ واما القبول فهو اخذ للمال الذى هو عوض عن ماله وهذه حيثية راجعة الى المشترى لا الى اليتيم ـ فلا يعتبر فيه احراز كون المعاملة صلاحا لليتيم ولعل هذا هو السر فيما ادعاه بعض من ان اهل العرف يفهمون من جعل شخص وليا فى البيع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحا ام لا فتدبر (مع) انه يمكن ان يقال ان الدليل انما دل على اعتبار كون التصرف على وجه احسن وهو انما يكون بالبيع و اما الشراء فهو

مطاوعة وقبول للبيع لانه بنفسه تصرف فلايعتبر فيه هذا الشرط - فالاظهر جريان اصالة الصحة فى الايجاب و ترتب الاثر عليه مع ضم القبول اليه .

الثالث - ماذكره بقوله نعم لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشترى واخذ الثمن الخ اقول ماافاده ره وان كان متينا اى تجرى اصالة الصحة فى فعل البايع والمشترى ويترتب عليها الاثر - الا ان الوجه الاول الذى ذكره فى الفرع المتقدم يجرى فى هذا الفرع ولازمه عدم جريانها ولازم ذلك جريان استصحاب بقاء المثمن على ملك الصغير ويحرز به كون مال اليتيم الذى يجب اصلاحه وحفظه من التلف هو المثمن لا الثمن -

مزاحمة الولى

(قوله قده ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى او الندبى الخ) المقصود من سوق هذا الكلام بيان حكم مزاحمة غير المتصدى للمتصدى - وقد حكم المصنف ره بجوازها واستند فى ذلك الى ان ما ثبت له انما يكون على وجه التكليف لا على وجه النصب من الامام عليه السلام - (اقول) يرد عليه امران (الاول) ان الظاهر كونه من قبيل النصب حيث قال عليه السلام - ان كان ولى يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم الخ مع ان ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك مع عدم كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه وليا او مالكا للتصرف والا لما كانت جائزة ولا ، معنى لمجرد جعل التكليف فى هذا المقام (الثانى) انه على فرض كون ذلك من قبيل النصب من الامام كما هو كك تجوز مزاحمته اذا كان النصب بعنوان يعم كليهما ولا يختص بخصوص المتصدى فان التصدى لا يوجب تعين المتصدى وانحصار المنصوب به الا اذا دل دليل آخر على ذلك وهو مفقود .

قوله تعالی ولاتقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن

(قوله قده ثم انه هل یشترط فی ولایة غیر الاب والجد۔ قوله تعالی (١) ولاتقربوا مال الیتیم الابالتی هی احسن وحیث ان توضیح معنی الایة الخ) الکلام فی توضیح معنی الایة الشریفة یقع فی جهات .

الاولی - ان حرمة القرب الی مال الیتیم الابالتی هی احسن محدودة فی الایة الشریفة بقوله تعالی حتی یبلغ اشده - کمافی سورتی الانعام والاسراء - فح قد یقال ان الغایة ان کانت قیداً للموضوع اوالمتعلق وان کان لایترتب محذور من جهة انه لا مفهوم للایة الشریفة الاانه خلاف الظاهر - فان الظاهر کونها قیداً وغایة للحکم۔ وعلیه فتدل الایة بمفهوم الغایة علی ان القرب المحرم انما هو الی زمان البلوغ وبعده لایکون محرما مع انه محرم قطعا - واجیب عنه بجوابین (الاول) انها غایة للمستثنی فقط فمعناها ان جواز التصرف علی وجه احسن محدود بالبلوغ وبه ینقطع الجواز ویدور امر التصرف مدار اذن صاحب المال (الثانی) انها غایة للمستثنی منه او هو مع المستثنی الاان المستثنی منه حرمة التصرف مطلقا ولو مع رضا الیتیم وهذا الحکم محدود با - لبلوغ فانه بعد البلوغ یجوز التصرف مع رضاه - وکلاهما خلاف الظاهر (اماالاول) فلان الظاهر کونه غایه للحکم الذی تضمنه الایة الشریفة (و اماالثانی) فلان المذکور انما هو الحکم المطلق لااطلاق الحکم (فالحق) ان یقال انه لامفهوم لها من جهة کون القید مسوقا لبیان تحقق الموضوع فان الموضوع هو الیتیم وهو یتبدل بالبلوغ .

الجهة الثانیة فی بیان المراد من القرب المنهی عنه (اقول) الظاهر من القرب فی نفسه هو مایقابل البعد ولکن الظاهر منه فی الایة الشریفة التصرف فی مال الیتیم وحیث ان التصرف فی مال الیتیم ربما یکون خارجیا مثل اکله وشربه و نحوهما -وربما یکون اعتباریا کبیعه وشرائه ونحوهما .

١- الانعام آیة ١٥٢ - الاسراء آیة ٣٥

فقد وقع الخلاف فی المراد من الاية- ومحتملاته التی ذكرها المصنف ره اربعة (الاول) ارادة اقرب مايكون الى مصداق القرب ای اول تصرف فيه كمسه ووضع اليد عليه ـ هذا هو الاحتمال الثانی فی المتن (الثانی) ان يراد مايعمه و ساير التصرفات الخارجية-وبعبارة اخرى مطلق التقليب والتحرك ـ وهو الاحتمال الاول فی المتن (الثالث) ان يراد به مايعم ذلك والترك وبعبارة اخرى مطلق الامر الاختياری المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك وهو الاحتمال الرابع فی المتن (الرابع) ان يراد به التصرف الاعتباری وهذا هو الاحتمال الثالث فی المتن .

وهناك احتمال خامس اظهر من الجميع وهو ارادة مايعم التصرفات الخارجية والاعتبارية اذساير الاحتمالات مابين مايستلزم التخصيص بلا وجه ـ والتعميم الذی لايساعده عرف ولا لغة ـ ومجرد كون المتعلق هو مال اليتيم وقرب المال بماهو مال عبارة عن التصرف الاعتباری المتعلق به ـ لا يصلح معينا للاحتمال الرابع الذی اختاره المصنف ره (واما) ماافاده المحقق الايروانی ره من ان الظاهر ان القرب كناية عن اكل مال اليتيم و الاستقلال بالتصرف فيه لا التصرف لاجل اليتيم فتكون الاية اجنبية عن المقام ـ فبعيد جدا لايلائم مع استثناء الا بالتی هی احسن .

الجهة الثالثة ـ فی بيان المراد من النهی المتعلق بالقرب (اقول) ان كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتباری المتعلق بمال اليتيم كان النهی ظاهرا فی الارشاد الى الفساد ـ وان كان المراد هو التصرف الخارجی المتعلق به من وضع اليد عليه وامساكه واكله وشربه كان ظاهرا فی الحرمة المولوية (وحيث) عرفت ان المراد هو الجامع بينهما ـ فان حملناه على المولوية لمادلت الاية على فساد المعاملة لان النهی عن المعاملة لايدل على الفساد ـ مع ان بناء الاصحاب رضی الله عنهم على التمسك بالاية الشريفة على فساد المعاملة على مال اليتيم مالم يكن على وجه احسن ـ وان حملناه على الارشاد لزم تخصيص المتعلق بخصوص التصرفات الاعتبارية وهو مما لاوجه له .

وحل هذه العويصة انما يكون باحد نحوين (الاول) حمل النهی على مايعم المولوی

والارشادی ولامانع من ذلك فان الاختلاف بينهما انما يكون فى الدواعی والاغراض ولااختلاف بينهما ذاتا نظير الوجوب والاستحباب ولذا بنينا على جواز الامر الواحد بشيئين مع كون احدهما واجبا والاخر مستحبا ـ وبالجملة ـ قد حقق فی محله انه لامانع من حمل النهی عن العام على ارادة المولوية فی بعض افراده والارشادية فی بعضها الاخر (الثانی) حمل النهی على خصوص المولوی والنهی عن المعاملة نفسيا وان لم يدل على الفساد الا انه يوجب فسق من اتى بمتعلقه وبصيرورته فاسقا يخرج عن الولاية لماتقدم من اعتبار العدالة فـی المتصدی لامر اليتيم ومع خروجه عنها لايكون تصرفـه نافذاً كما هو واضح .

الجهة الرابعة فی بيان وجه تانيث الموصول مع انه لو قدر ماهو من جنس المستثنى لزم تذكيرها فان القرب مذكر والذی ينبغي ان يقال انه من جهة جعل المستثنى مجرورا بحرف جر لابد من جعل المستثنى منه مقدراً و مجرورا بحرف جر ـ مثل ـ بـ ـ حيثية او كيفية وعليه فيلائم تأنيث الموصول .

الجهة الخامسة فی بيان محتملات الاحسن و قد ذكر المصنف ره ان محتملاته اربعة ـ فان المراد به اما ـ التفضيل ـ او الحسن ـ وعلى الاول فاما ان يراد ـ التصرف الاحسن من الترك ـ او الاحسن مطلقا من الترك ومن التصرفات الاخر ـ وعلى الثانی فاما ان يراد به مافيه المصلحة ـ او مالا مفسدة فيه ـ وهناك احتمال خامس وهو ارادة التفضيل منه وان يراد به من التصرفات الاخر ـ ولازم الاول جواز البيع اذا كان احسن من تركه وان كان الايجار احسن منه ـ ولازم الثانی عدم جوازه مالم يكن احسن من تركه ومن التصرفات الاخر ـ ولازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة و ان كان تركه اصلح او ساير التصرفات كك ـ ولازم الرابع جواز التصرف اذا لم يكن فيه مفسدة وان كان في غيره من التصرفات مصلحة اكيدة ـ ولازم الخامس جواز البيع اذا كان اصلح من الايجار وان كان تركه اصلح .

وقد استظهر المصنف ره الاحتمال الثانی و الوجه فيه ان الظاهر من الاحسن

ارادة التفضيل وان حذف المتعلق وترك ذكر المفضل عليه يفيد العموم - و اورد عليه بايرادات (الاول) ان استعماله فى غير التفضيل كثير ويؤيد عدم ارادة التفضيل منه فى الاية عدم ذكر كلمة -من- و عدم اضافته (وفيه) ان استعماله فى غير التفضيل كثيرا مع القرينة لاينافى ظهوره فيه اذا ذكر بلا قرينة - وعدم ذكر كلمة من او الاضافة انما يوجب ظهوره فى العموم ولاينافى ذلك (الثانى) ماافاده المحقق الايروانى ره وهو انه ان اريد منه الاحسن من جميع ماعداه لزم عدم الاقدام على شىء من التصرفات عند مساواتها او مساواة عدة منها فى مقدار المصلحة فان كل واحد من تلك الافراد المساوية ليس احسن من جميع ماعداه وان اريد منه الاحسن فى الجملة ولو من بعض ماعداه لزم جواز تصرف يكون هو احسن من مادونه وان كان هناك تصرف آخر احسن منه (وفيه) ان المراد به هو الاحسن مطلقا الا انه فى الفرض نقول بان الجامع بين الافراد المتساوية فى مقدار من المصلحة يكون احسن من غيره فيجوز ولازمه التخيير بين الافراد (الثالث) انه لو فرضنا ان الترك وساير التصرفات لاحسن فيها اصلا وهذا الفعل كالبيع فيه مصلحة اكيدة لزم عدم جوازه فانه لايصدق الاحسن لعدم المبدأ فى غيره ليكون الزيادة صادقة فى البيع مع انه جائز قطعا (وفيه اولا) انه لامحذور فى الالتزام بعدم شمول المستثنى له وانما يلتزم بالجواز بالاولوية اذلو جاز البيع مع وجود المصلحة فى غيره فجوازه مع عدمها يكون اولى (وثانيا) انه يحمل الاحسن على التفضيل المجازى اى مايترجح على غيره فى نظر العقلاء سواء كان لاجل ان مصلحته آكد من مصلحة غيره او من جهة ان فيه المصلحة وفى غيره المفسدة .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه امران (الاول) تمامية ماافاده المصنف ره من ارادة الاحسن مطلقا (الثانى) عدم تمامية ماافاده من انه لو فرضنا بيع مال اليتيم بعشرة دراهم وفرضنا انه لايتفاوت الحال فى ابقاء الدراهم او جعلها دينارا لايجوز ذلك فان هذا التصرف ليس اصلح من تركه - وجه عدم تماميته - ان الجامع بينه وبين الابقاء يكون اصلح من غيره فيجوز ويتخير بين الفردين (فالاظهر) جواز التبديل هذا بحسب مايستفاد من الاية فقد عرفت

انه يستفاد منها اعتبار المصلحه .

و اما بحسب الروايات - فقد ذكر المصنف ره روايتين وادعى دلالتهما على كفاية عدم المفسدة وعدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم .

احداهما حسنة الكاهلي (١) قال قيل لابي عبدالله ؏ انا ندخل على اخ لنا في بيت ايتام ومعهم خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى في ذلك - فقال ؏ ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وان كان فيه ضرر فلا - تقريب الاستدلال بها ان المراد بالمنفعة مايوازي عوض مايتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم من جهة ان مالوحظت المنفعة بالاضافة اليه هو الدخول في بيت الايتام والقعود على بساطهم فما يتعقبه من العوض زيادة بالاضافة الى ذلك فتصدق عليها المنفعة - فيكون المراد بالضرر في الذيل ان لايصل الى الايتام مايوازي ذلك - فلا تنافي بين صدر الخبر و الذيل ويكون المستفاد منه الجواز مع عدم المفسدة وان لم تكن مصلحة (وفيه) ان المراد بالنفع ان كان مطلق الزيادة بالاضافة الى ماذكر و ان كانت اقل ممايوازيه لزم جواز الدخول مع اعطاء اقل ممايوازيه و هذا لايجوز قطعا - و ان كان المراد الزيادة بالاضافة الى مالية اموالهم - خرج صورة مساواة النفع و الضرر عن منطوق الخبر وتعارض فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري المصنف ره .

والحق ان يقال ان في مورد الخبر خصوصية ليس فيه حد الوسط بين النفع والضرر فانه بالتصرف في الدار والبساط والخادم والطعام المخلوط بطعام صاحبه لايلزم خسارة مالية على الايتام فكل ماعطى بازاء ذلك ان كان يوازي ذلك يعد نفعا لهم وان اعطى اقل من ذلك كان ضررا فتدبر - ولو اغمض عن ذلك وسلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساقط والرجوع الى الاية الشريفة الدالة على عدم الجواز اذا لم يكن في التصرف مصلحة ونفع عائد الى الايتام .

ثانيتهما رواية علي بن المغيرة (٢) قلت لابي عبدالله ؏ ان لي ابنة اخ يتيمة

١-٢- الوسائل - باب ٧١ من ابواب مايكتسب به حديث ١-٢

فربما اهدى لها الشيء فآكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فاقول يارب هذا بذا- فقال لا باس- بتقريب ان ترك الاستفصال من مساواة العوض وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة- ولا ريب في ان منصرف الرواية صورة عدم النقص فلا يرد عليه الايراد بان مقتضى ترك الاستفصال جواز اعطاء الانقص- ولكن يرد عليه امور (الاول) ان من يأكل من طعام الغير ويريد اعطاء عوضه وبنائه على عدم اعطاء الاقل لامحالة يعطى مقدارا ازيد وفرض التساوى نادر جدا ملحق بالمعدوم (الثاني) ان الظاهر كون اليتيمة تحت اختياره وامرها بيده وح يكون عدم التصرف في طعامها ابقاء لمالها وتصرفا وجوديا - فالجامع بينه وبين التصرف بازاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة فيكون جائزاً ويتخير بين الفردين (الثالث) ان الظاهر كون الطعام مطبوخا فلا محالة اكل مقدار منه واعطاء عوضه المساوى معه في القيمة يكون اصلح بحال اليتيمة (فتحصل) ان الاظهر اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم من غير فرق بين التصرفات الخارجية والمعاملية .

ثم ان الشهيد قده استدل على اعتبار المصلحة بوجوه اخر (الاول) انه منصوب لها (وفيه) ان هذا اول الكلام ولعله منصوب وليا لحفظ ماله فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله وابقائه على حاله (الثاني) اصالة بقاء الملك على حاله (وفيه) انه لا يرجع اليها مع عموم دليل الولاية (الثالث) ان العدميات لاتكاد تقع غاية (وفيه) ان العدميات وان لم تقع غاية - بل الغاية لابد وان تكون امرا وجوديا- الا ان اعتبار كونه امرا وجوديا راجعا الى المولى عليه مما لم يدل عليه دليل مع الاغماض عما ذكرناه فلو فرضنا انه لا مفسدة في بيع مال اليتيم وكان هناك مصلحة راجعة الى نفس المتصدى للبيع جاز بمقتضى عموم ادلة الولاية لولا الاية الشريفة (وبالجملة) الكلام في المقام انما هو في ان البيع الذى لا مفسدة فيه اذا كان بداع عقلائي هل يكون نافذا ام لا .

(قوله قده هل يتحرى الاصلح ام يكتفي بمطلق المصلحة فيه وجهان الخ)

اقول ظاهر الاية الشريفة اعتبار تحرى الاصلح- غاية الامر بالنسبة الى التصرفات المتعارفة و اما لو خرج الاصلح عن ذلك او وجب تحريه الاصلح الحرج او كان خلاف المتعارف فلا يجب

وبهذا يندفع ماذكره الشهيد ره في وجه عدم لزوم تحرى الاصلح من ان ذلك لايتناهى.

بقي في المقام شيء لم ار من تعرض له ـ وهو ان نظير الولي في الحسن هل له موضوعية ام هو طريق الى الحسن الواقعي ـ وثمرة ذلك انه لو باع الولي وكان في ذلك مصلحة بنظره ثم تبين عدم المصلحة فعلى الاول يصح البيع وعلى الثاني لايصح ـ والاظهر هو الاول ـ وذلك لوجوه (الاول) السيرة القطعية (الثاني) لزوم اختلال النظام من عدم الصحة في الفرض مثلا لو باع مال اليتيم وبعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة و من الواضح ان الحكم بالفساد في هذا المورد وشبهه يستلزم الحرج و اختلال النظام (الثالث) ان دلالة الاية الشريفة التي هي المقيدة لاطلاق ادلة الولاية ـ على ان التصرف غير الاحسن اذا كان معامليا باطل ـ انما تكون من جهة دلالة النهي على الحرمة وان ارتكابه حرام موجب للفسق و مخرج له عن الولاية ـ ومن الواضح انه اذا كان البيع بنظر الولي صلاحا لايكون هو موجبا للفسق و ان لم يكن في الواقع كذلك فتدبر .

نقل العبد المسلم الى الكافر

(قوله قده مسألة يشترط فيمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمنا او مثمنا ان يكون مسلما الخ) اقول بما ان هذا البحث لاموضوع له في هذا الزمان فالصفح عن التعرض له اولى .

نقل المصحف الى الكافر

(قوله قده المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر الخ) اقول قد تقدم الكلام في هذه المسألة في الجزء الثانيعشر من هذا الشرح في الخاتمة ـ فلاوجه للاعادة .

شرائط العوضين ـ بيان حقيقة المال والملك

(قوله قده القول فی شرائط العوضین یشترط فی کل منهما کونه متمولا الخ)

تنقيح القول في المقام بالتكلم في مقامين ـ الاول ـ في بيان حقيقة المال ـ و الملك الثانی ـ في وجه اعتبارهما ـ اما الاول ـ فالمال تكون على نحوين .

احدهما ـ ماكانت ماليته ذاتية و هو كل ما فيه منفعة عائدة الى الانسان ويحتاج اليه بحسب فطرته من الماكول والمشروب والملبوس و ماشاكل الموجبة لحدوث رغبة الناس فيه وادخاره للانتفاع به وقت الحاجة ويبذلون بازائه شيئا مما يرغبون فيه من النقود وغيرها من جهة توقف الوصول اليه الى اعمال عمل ـ ففی الحقيقة يعتبر في صدق المال على شیء امران (احدهما) كونه موضوعا لغرض سوءاً كان ذلك دفع الضرورات الاولية كالاقوات ـ اوالعرضية كالادوية ـ اولتحصيل اللذة كالفواكه وبعض الاشربة (ثانيهما) توقف الوصول اليه الى اعمال عمل ـ ولاجل ذلك تختلف مالية الاموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة و العمل الذی يحتاج اليه فی الوصول الى ذلك الشیء ـ مثلا الغرض المترتب على الماء ـ ازيد بمراتب من مايترتب على بعض الادوية النادر الوجود ـ ولكن المال على الشاطیء لامالية له ـ وذلك الدواء له مالية معتدبها ـ والسر في ذلك فقد الامر الثانی في الاول ولذا كلما ازداد بعدا عن الشط ازدادت ماليته .

ثانيهما ماكانت ماليته اعتبارية وجعلية كالنقود ـ وهو على قسمين ـ الاول ـ ماكان الاعتبار فيه عاما يشترك فيه جميع افراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الاجتماعية وهی توقف حفظ نظام النوع على التبادل بين الاموال وعدم امكان التبادل بين الاموال التی ماليتها ذاتية ـ كالاحجار الكريمة من الذهب والفضة وغيرهما ـ وبالجملة ـ القسم الاول ما بنى العقلاء على اعتبار المالية له ـ الثانی ماكان الاعتبار فيه خاصا ـ و هو ايضا على قسمين ـ اذقديكون شیء خاص يعتبر له المالية من جانب دولة بالنظر الى

مابنى عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه كطوابع البريد فان كل طابع له مالية فى مملكة خاصة دون الممالك الاخر وماليته انما تكون بلحاظ مابنى عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه ـ وهو ايصال المكتوب الى اى محل شاء المرسل مقابل الصاق الطابع المعين به ـ وقد يكون الاعتبار فيه ليقوم مقام القسم الاول - كالدينار العراقى والاسكناس ـ وهذا القسم الاخير لايعتبرونه العقلاء مالا بمجرد اعتبار المعتبر اياً من كان بل لابد وان يكون له غطاء ويعبر عنه بـ (غطاء العملة) ـ والتغطية على وجوه ـ ثم ان ـ حرمة المنافع كعدمها مسقطة للمال عن المالية .

واما الملكية فلها اربع مراتب (الاولى) الملكية الحقيقية وهى عبارة عن السلطنة التامة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدوثا وبقائا وهى مخصوصة بالله تعالى (الثانية) الملكية الذاتية ـ والمراد بالذاتى مالا يحتاج تحققه الى امر خارجى ـ لا الذاتى فى باب البرهان ولا الذاتى فى باب الكليات الخمس ـ وهى عبارة عن الاضافة الحاصلة بين الشخص ونفسه وعمله وذمته ـ اذ الانسان مالك لعمله ولنفسه ولذمته بالملكية الذاتية والشاهد به الضرورة والوجدان والسيرة العقلائية ـ وهذه المرتبة دون مرتبة الواجدية الحقيقية المختصة بالله تعالى (الثالثة) الملكية المقولية وهى عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم آخر كالهيئة الحاصلة من التعمم والتقمص وماشاكل (الرابعة) الملكية الاعتبارية وهى التى يعتبرها العقلاء او الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية الى ذلك.

ثم ان هذه المرتبة من الملكية قد تكون اولية ـ وقد تكون اضافة ثانوية ـ والاولية قد تكون اصلية كالاضافة الحاصلة بالعمل او بالحيازة او بهمامعا ـ وقد تكون تبعية وهى ماتكون بين المالك ونتاج امواله ـ والاضافة الثانوية والمراد بها ماقابل الاولية وان طرأت على الاموال مراراً عديدة ـ وهى قد تكون قهرية كالاضافة الحاصلة بسبب الارث ـ وقد تكون اختيارية كالاضافة الحاصلة من المعاملات ـ ولتفصيل الكلام محل آخر .

ومحل الكلام فى المقام ـ هو اعتبار الملكية الذاتية ـ او الاعتبارية .

ثم ان النسبة بين المال ـ والملك هى العموم من وجه ـ اذ الحبة من الحنطة ملك وليست

بمال. والمباحات الاصلية قبل حيازتها اموال وليست بملك لاحد. وقد يجتمعان وهو كثير .

بيان الدليل على اعتبار المالية والملكية فى العوضين

و اما المقام الثانى فالكلام فيه فى موردين (الاول) فى الدليل على اعتبار المالية (الثانى) فى الدليل على اعتبار الملكية .

اما المورد الأول فقد افاد المصنف ره ان ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد لعدم جواز وقوعه احد العوضين (١) مادل على انه لابيع الافى ملك - ومالم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال فى مقابله اكلا للمال بالباطل فلايجوز ومالم يتحقق فيه ذلك - فان دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو والا فمقتضى العمومات جواز جعله احد العوضين.

اقول فى كلامه قده مواقع للنظر (الاول) فى استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المالية - بمادل على انه لابيع الافى ملك اذ عرفت ان النسبة بين المال والملك عموم من وجه فعدم المالية ليس مستلزما لعدم الملكية كى يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال (الثانى) استدلاله للفساد فيما اذا لم يتحقق المالية ولا عدمها بمادل على عدم جواز اكل المال بالباطل - فان صدق اكل المال بالباطل ان كان لاجل عدم المالية فهو طريق اليه لاشىء فى مقابله مع ان المفروض الشك فى صدق المالية فلامحالة يشك فى صدق اكل المال بالباطل - وان كان لالاجل ذلك - فلاوجه لعده من شئون مالم يعلم انه مال (الثالث) فى استدلاله بالعمومات بعد فرض عدم تحقق انه ليس بمال وعدم احراز صدق اكل المال بالباطل - وعدم دليل خاص على عدم جواز البيع - على الصحة فانه اذا توقف صدق البيع الذى هو عنده مبادلة مال بمال على احراز كون العوضين من الاموال فمع الشك فى ذلك يشك فى صدق الموضوع ومعه لايبقى مورد للتمسك بالعموم .

فالحق ان يقال ان اعتبار المالية فى العوضين انما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها حيث ان البيع مثلا عبارة عن الاعطاء لامجانا فاذا كان العوض مما

١- قدمر مصادر الحديث فى ص٤٣

لا مالية له فاعطاء المعوض اعطاء مجانا وهكذا عنوان التجارة والعقد وهذا هو الميزان - ثم ان هيهنا فروعا (منها) انه اذا كان للشيء منفعة نادرة هل يجوز بيعه ام لا (ومنها) انه اذا كان للشيء منفعة محللة نادرة ومنفعته الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه ام لا - وقد تقدم الكلام في هذه الفروع في الجزء الحاديعشر من هذا الشرح .

واما المورد الثاني - فقد استدل لاعتبار الملكية بوجوه (الاول) النصوص(١) الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده - وقد مر في مبحث بيع الفضولي ان تلك النصوص معارضة بما تضمن (٢) الجواز وبلحاظ التعارض تحمل على ارادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه - مضافا الى امكان حملها على ارادة بيع ما لا يقدر على تسليمه فراجع (الثاني) النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه في الجواهر (وفيه) انه ان اريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم وان اريد بها غيرها فعليه التوضيح والبيان (الثالث) ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكا سفه وأكل للمال بالباطل (وفيه) انه اذا فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا كالكلي في الذمة لا يكون البيع سفهيا ولا اكلا للمال بالباطل (الرابع) الاجماع (وفيه) انه لعدم كونه تعبديا لا يعتمد عليه (وقد يقال) بعدم اعتبار الملكية نظرا الى انه يجوز بيع الكلي في الذمة مع انه ليس مملوكا للبايع (وفيه) ما مر من انه مملوك له بالملكية الذاتية .

والحق ان يقال انه لا يجوز بيع المباحات - و لا مال الغير لعدم سلطانه على المبيع وعدم كون البايع مالكا لامرهما - اما في الثاني فواضح واما في المباحات - فلان المباحات الاصلية متساوية النسبة الى البايع و المشتري وليست هي كالكلي ليتعهد به في ذمته - ولا كالعين الشخصية المضافة اليه بالاضافة الملكية لتكون له السلطنة عليه فعدم جواز البيع فيهما انما هو لاجل عدم تسلطه على المبيع وعدم كونه مالكا لامره لا لعدم ملكية الرقبة فتدبر .

(قوله قده واحترز وابه ايضا عن الارض المفتوحة عنوة الخ) الكلام في

١-٢ راجع ص ٤٣

ان الارض المفتوحة عنوة هل هي ملك للمسلمين - ام ليست كك سيأتي عند تعرض المصنف ره له - ولكن بناء على كونها ملكاً لهم لايكفي مجرد التقييد بالملك في خروجها بل لابد من اضافة خصوصية الى الملكية كي تصح الاحتراز بواسطة تلك الخصوصية .

ثم انه على القول بانها ملك يقع الكلام في تطبيق ملكيتها على ساير انحاء الملكية لااشكال في انها ليست ملكا طلقا لجميع المسلمين - والالزم الانتقال بالارث مع ان القوم غير ملتزمين بذلك - ولزم عدم تسلط غير الملاك على التصرف فيها كما هو مقتضى الناس مسلطون على اموالهم (١) مع ان امرها بيد ولي الامر - ولالنوع المسلمين فانه وان لم يرد عليه المحذوران المتقدمان اذلاتعين للميت حتى يرثه وارثه ولاتعين للمالك فلامحالة يكون الولاية لولي الامر القابض على هذه الارض - الا انه يرد عليه ان لازمه جواز اعطاء ولي الامر عين هذه الارض لاحد من المسلمين من دون مصلحة - ولا وقفا لهم - والالزم عدم جواز بيعها الا في موارد مخصوصة منصوصة لا لما يراه ولي الامر من المصلحة - بل هي ملك لنوع المسلمين - وجعل امرها عينا ومنفعة الى ولي الامر مع رعاية مصلحة النوع.

اقسام الارضين واحكامها

(قوله قده الا ض اماموات واما عامرة - الاول ما يكون مواتا بالاصالة بان لم تكن مسبوقة بعمارة الخ) الكلام في المقام يقع في جهات - الاولى - في انها للامام(ع) ام لا - الثانية - في انها تملك بالاحياء ام لا - الثالثة - في اعتبار اذنه(ع) في التملك بالاحياء - الرابعة - في ان التملك بالاحياء هل يختص بالشيعة او يشمل كل مسلم ام يعم الكافر - الخامسة - في ان الارض هل يملكها المحيي مجانا اويجب اداء خراجها الى الامام (وقبل) بيان هذه الجهات لابد وان يعلم ان الموات هي الارض المعطلة التي لاينتفع بها لذلك اما لانقطاع الماء عنها اولغير ذلك .

١- البحار ج١- ص١٥٤ الطبع القديم - وج٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

اما الجهة الاولى فلا اشكال نصا وفتوى فى انها للامام (ع) ولكن ماذكره المصنف ره من ان النصوص بذلك مستفيضة بل قيل انها متواترة - غير تام - فان (بعض) تلك النصوص يتضمن كون الارض الخربة للامام (ع) او من الانفال الثابت كونها له (ع). كمصحح (١) حفص وموثق (٢) سماعة وغيرهما (وبعضها) يتضمن ان الارض الخربة التى باد اهلها له - اومنها. كخبر (٣) ابى بصير وغيره (وبعضها) يتضمن ان الارض التى لارب لها اوالارض الميتة التى لارب لها له كمرسل (٤) حماد وغيره (و بعضها) يدل على ان الارض كلها له كصحيح (٥) الكابلى (وبعضها) يتضمن ان موتان الارض للرسول (ص) كالنبويين (٦) المذكورين فى المتن (اما) نصوص الارض الخربة مطلقها ومقيدها - فموردها غير المقام فان موردها المسبوقة بالعمارة لا الموات بالاصالة - واما نصوص الارض التى لارب لها فمطلقها ومقيدها مسوقة لبيان ان مالا مالك له له (ع) لا لخصوصية فى الموات من الارض - واما مادل على ان الارض كلها للامام فلابد من حمله على ارادة الملكية غير الاعتبارية كما لايخفي - واما النبويان فغير مرويين من طرقنا .

واما الجهة الثانية فلا خلاف فى انها تملك بالاحياء وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل حكى اجماع المسلمين عليه - ويشهد له جملة من النصوص - كقول الصادق (ع) فى الحسن (٧) كالصحيح قال رسول الله (ص) من احيى ارضا مواتا فهى له - وقوله (ع) فى خبر (٨) السكونى قال رسول الله ﷺ من غرس شجرا او حفر واديا - الى ان قال او احيى ارضا ميتة فهى له قضاء من الله ورسوله وقول سيدنا ابى جعفر (ع) فى الصحيح (٩)

١- ٢- ٣- ٤- ٩- الوسائل - باب ١- من ابواب الانفال كتاب الخمس حديث ١- ٨- ٢٨- ٤- ٦

٥- الوسائل - باب ٣- من ابواب احياء الموات حديث ٢

٦- المبسوط كتاب احياء الموات - التذكرة ج ٢ ص ٤٠٠

٧- الوسائل - باب ١- من ابواب احياء الموات حديث ٥

٨- الوسائل باب ٢- من ابواب احياء الموات حديث ١

قال رسول الله ﷺ من احیی ارضا موات فهو له و نحوها غیرها .

واما الجهة الثالثة فعن جماعة منهم الشیخ فی الخلاف والمحقق الثانی فی جامع المقاصد وغیرهما فی غیرهما دعوی الاجماع علی اعتبار الاذن - وهناك وجهان آخران بل قولان (احدهما) عدم اعتباره (الثانی) التفصیل بین زمانی الحضور والغیبة فیعتبر الاذن فی الاول دون الثانی

اقول مقتضی قاعدة حرمة التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه - اعتباره .

وقد استدل لعدم الاعتبار (بانه) یکفی فی الجواز اذن مالك الملوك فی ذلك و ان لم یأذن مالكها كما فی التملك بالالتقاط وحق المارة (وفیه) ان استكشاف اذن مالك الملوك ان كان من النصوص المتضمنة لسببیة الاحیاء للملك - فیرد علیه - ان تلك النصوص كادلة سایر الاسباب - فكما انها لاتعارض مادل علی اناطتها باذن المالك كك هذه وان كان من غیرها فعلیه البیان .

واستدل للقول الثالث - بامتناع الاستیذان منه (ع) فی زمان الغیبة ولم یدل دلیل علی نیابة الفقیه عنه فی هذه الامور مع مشروعیة الاحیاء مطلقا (وفیه) انه یتوقف علی عدم ثبوت صدور الاذن منهم علیهم السلام و سیأتی الكلام فیه - فالاظهر اعتبار اذنه .

ثم ان القائلین باعتبار الاذن - یدعون صدوره منه(ع) واستندوا فی ذلك الی وجوه (الاول) النبویان المذكوران فی المتن والمتقدم الیهما الاشارة - حیث ان فی احدهما - ثم هی لكم منی - وفی الاخر ثم هی لكم منی ایها المسلمون - ومقتضاهما وان كان هو التملیك ولو مع عدم الاحیاء الا انه جمعا بینهما وبین مادل علی سببیة الاحیاء تلتزم بملكیة المحیی خاصة (وفیه) ماتقدم من انهما غیر مرویین عن طرقنا (الثانی) نفس قولهم علیهم السلام - من احیی ارضا مواتا فهی له - فانه وان تضمن الاذن التشریعی فی الاحیاء الا ان صدور ذلك من المالك یقتضی كونه اذنا مالكیا نظیر من قال من دخل داری فله كذا - فانه متضمن للاذن المالكی كتضمنه لسببیة الدخول للجزاء و كك فی المقام (وفیه) ان الاذن المالكی لابد وان یصدر

من المالك فهذه النصوص المتضمنة لهذه الجملة تفيد بالنسبة الى ازمنة الائمة الذين قبل امام زماننا عليهم السلام وحيث ان هذه الجملة لم تصدر منه (ع) وهو المالك فلا يفيد ذلك كما لا يخفى (الثالث) اخبار (١) التحليل سيما مثل خبر (٢) مسمع بن عبد الملك عن الصادق (ع) و كل ما كان من الارض في ايدى شيعتنا فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا الخ فانه يستفاد منها حلية التصرف ـ فبضمها الى ما تضمن سببية الاحياء للملك ـ يستنتج اذنهم عليهم السلام في التملك بالاحياء ـ و هذا الوجه متوقف على عدم اختصاص التحليل بخصوص المناكح والمساكن والمتاجر و شمولها للاراضى ـ و قد اثبتنا ذلك في الجزء السادس من هذا الشرح (الرابع) ما افاده المحقق كاشف الغطاء وهو دلالة شاهد الحال على رضاهم بالاحياء و طيب نفسهم بعمارة الارض ـ ولا بأس به ايضاً (فتحصل) ان الاظهر ثبوت رضاهم عليهم السلام بالاحياء.

واما الجهة الرابعة ـ فعن التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام في الملك بالاحياء و نحوه ما عن جامع المقاصد ـ وعن صريح المبسوط والخلاف والسرائر والجامع و ظاهر المهذب و النافع واللمعة و تبعهم جمع من اساطين متاخرى المتاخرين عدم الفرق في ذلك بين المسلم والكافر وان الكافر ايضا يملك بالاحياء

يشهد للثاني ـ مضافاً الى اطلاق جملة من نصوص الباب (صحيح ٣) محمد بن مسلم سألته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى فقال ليس به بأس الى أن قال ايما قوم احيوا شيئاً من الارض اوعملوه فهم احق بها وهي لهم ونحوه صحيح (٤) الفضلاء وخبر (٥) زرارة (واستدل) للاختصاص بالمسلم (بالنبويين) المتقدمين المتضمنين للتمليك بالمسلمين (وبصحيح) الكابلي المتقدم من احيى ارضا من المسلمين فليعمرها (ولكن) النبويين ضعيفان ـ والصحيح لامفهوم له كي يدل على عدم تملك غير المسلمين بالاحياء فيعارض مع النصوص المتقدمة ـ فالاظهر عدم الاختصاص

---

١ ـ ٢ ـ الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال من كتاب الخمس ـ حديث ٠ ـ ١٢

٣ ـ ٤ ـ ٥ ـ الوسائل باب ١ ـ من ابواب احياء الموات حديث ١

بالمسلم - ولكن بعد ماعرفت من اعتبار الاذن - و ان ثبوت اذنهم عليهم السلام انما يكون - باخبار التحليل المختصة بالشيعة - ودلالة شاهد الحال - ففى زمان الغيبة الالتزام بملكية الارض لغير الشيعة بالاحياء يتوقف على احراز رضاه عليه السلام بذلك والافلا يكون الاحياء مملكا وفى صحيح (١) عمربن يزيد عن مسمع بن عبدالملك المتقدم ما كان فى ايدى سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فياخذ الارض - وهذا صريح فى عدم الاذن لغير الشيعة فالاظهر هو الاختصاص بهم.

واما الجهة الخامسة - فظاهر فتاوى القوم ان الملك بلاعوض و عن فوائد الشرايع احتمال العوض (اقول) ظاهر قولهم (ع) من احيى ارضا مواتا فهى له - هو حصول الملك مجاناً - ومقتضى صحيحى الكابلى و عمربن يزيد المتقدمين هو ايجاب الخراج المنافى لكونها ملكا - ومقتضى نصوص التحليل سقوط الخراج والجمع بين هذه الطوائف بحمل نصوص الخراج على زمان الحضور كما فى المتن احتماله - ياباه صريح نصوص التحليل - كما ان حمل نصوص الخراج على بيان الاستحقاق كما اختاره المصنف ينافيه ظهورها فى الفعلية (فالحق) ان يقال ان نصوص الخراج لابد من تأويلها اورد علمها الى اهلها لمعارضتها مع نصوص التملك بالاحياء وعدم عمل الاصحاب بها (مضافاً) الى ما ذكرناه فى الاراضى الخراجية فى الجزء الثانيعشر من هذا الشرح من عدم كون هذه الارض منها (وبالجملة) لااشكال فى سقوط الخراج اما لعدم تشريعه اوللتحليل - فنصوص الاحياء لامعارض لها.

الارض العامرة

(قوله قده الثانى ما كانت عامرة بالاصالة اى لامن معمر والظاهر انها ايضاً للامام الخ) والمراد بالعامرة ماينتفع بها على ماهى عليه فى الحال كما اذا كانت بحيث يكثر عليها وقوع الامطار او نحو ذلك - والكلام فيها يقع فى مقامين (الاول) فى انه

---

١ - الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال حديث ١٢

هل تكون هذه الارض للامام ومن الانفال ام تكون من المباحات الاصلية (الثانى) فى انه على فرض كونها للامام هل تملك بالحيازة ام لا.

اما المقام الاول فقد استظهر المصنف ره من قول الاصحاب وكل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهى للامام ـ الذي حكى عن مفتاح الكرامة انه طفحت به عباراتهم وعن التذكرة الاجماع عليه ـ وفى الجواهر لاخلاف اجده فيه ـ انها للامام ولكن صاحب الجواهر ره فى كتاب الخمس استظهر من الاصحاب عدمه وانها من المباحات الاصلية ـ وكك المصنف ره فى ذلك الكتاب

وكيف كان فقد استدل لكونها من الانفال وللامام بوجوه.

الاول ماذكره المحقق النائينى ره ـ قال ـ ولماروى على ما فى المتن ان كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام (ع) (وفيه اولا) ان المصنف لايدعى انه رواية بل يدعى كونه تعبير الفقهاء وقد صرح صاحب الجواهر ره بعدم كونه نصا (وثانياً) انه لايمكن الالتزام بعمومه فان مقتضاه كون جميع اراضى الكفار للامام مع انه خلاف النص والاجماع (وثالثاً) انه لوسلم كونه رواية وعاما ـ يتعين تخصيصه بماسياتى.

الثانى ـ ما افاده المحقق الايروانى ره قال وهو صريح عد الآجام الذى هو قسم من المحياة بالاصالة من الانفال (وفيه اولا) ان الآجام من الموات فان الاستيجام مانع عن الانتفاع بالارض وقد صرح بذلك الفقهاء (وثانياً) ان كون خصوص هذا القسم للامام لدليل خاص اعم من كون ساير الاقسام له (ع).

الثالث ماتضمن (١) ان الارض كلها للامام ـ وقد تقدم انه لابد من توجيه هذه النصوص بحملها على الملكية الحقيقية غير المنافية لكونها من المباحات او لغيرهم عليهم السلام.

الرابع مصحح (٢) اسحاق بن عمار حيث عد فيه من الانفال التى للامام كل ارض

١ـ اصول الكافى ج١ ص ٤٠٧ الطبع الحديث

٢ـ الوسائل ـ باب١ من ابواب الانفال حديث ٢٠

لارب لها الشاملة للعامرة - ونحوه (١) خبر ابي بصير المروى عن تفسير العياشي (وفيه) ان اطلاق هذين الخبرين يقيد بما في مرسل حماد (٢) حيث عد من جملة الانفال الارض الميتة التي لارب لها - اذ تقييد الارض بالميتة في مقام الحصر والتحديد يدل بالمفهوم على ان الارض غير الميتة ليست للامام (واورد عليه) المصنف ره بان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لان الغالب في الارض التي لا مالك لها كونها مواتا (وفيه اولا) ان الميتة لم تؤخذ قيدا للارب لها وانما اخذت قيد اللارض فلايكون القيد غالبيا (وثانيا) انه لاوجه لحمل القيد على الغالب (وثالثا) انه لو تم ما افاده المصنف ره يمكن حمل الاطلاقات على الغالب بعين ما ذكره اذ كما يقال ان ذكر القيد يكون للغلبة كذلك يقال ان اهماله مع اعتباره لمكان الغلبة فلا اطلاق يعم العامرة - فالاظهر انها من المباحات الاصلية

واما المقام الثاني - فعلى المختار من كونها من المباحات لا كلام في انها تملك بالحيازة كما لايخفى واما على القول بانها للامام - فقد استدل المصنف ره على تملكها بالحيازة بعموم النبوى (٣) من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو احق به (وفيه اولا) انه مختص بما اذا لم يكن ذلك الشيء ملكا لاحد و متعلقا لحق الغير بالسبق اوغيره - ولذا لاشبهة في عدم دلالته على جواز السبق الى املاك الناس - فلايشمل المقام بعد فرض كون الارض للامام (وبالجملة) ملك الامام كملك غيره من الناس فكما انه لايجوز السبق في املاك ساير الناس فكذلك في ملكه (ع) (وثانيا) ان الاحقية اعم من الملكية (ودعوى) انه روى من غير طريقنا ما ظاهره الملكية (٤) وهو من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له (مندفعة) بعدم ثبوت صحة سنده .

واما ما اورده المحقق الخراساني و المحقق النائيني عليه - بانه مسوق لبيان احقية السابق لا لبيان جواز السبق الى ما لم يسبقه اليه احد (فيرده) انه بصدد بيان سببية

١-٢- الوسائل - باب ١ من ابواب الانفال حديث -٢٨-٤

٣- المبسوط اول كتاب احياء الموات - المستدرك باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٤ .

٤- سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢

السبق للاحقية ومقتضى اطلاقه جواز السبق الى كل مالم يسبقه اليه احد.

فالاولى الاستدلال له بنصوص(١) التحليل الظاهرة فى الملكية كما حققناه فى الجزء السادس من هذا الشرح ـ لكنها مختصة بالشيعة كما مر.

ثم انه يمكن القول بتملكها بالاحياء لخبر(٢) السكونى عن الصادق (ع) عن رسول الله(ص) من غرس شجرا او حفر واديا بدياً لم يسبقه اليه احد او احيى ارضا ميتة فهى له قضاءاً من الله ورسوله ـ فان ظاهره بقرينة جعل الغرس والحفر قبال الاحياء انهما يوجبان الملكية بانفسهما و بضميمة الغاء الخصوصية يثبت الحكم فى ساير افراد الاحياء ـ ولمضمر(٣) محمد بن مسلم قال سالته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال(ع) ليس به بأس الى ان قال وايما قوم احيوا شيئا من الارض او عملوه فهم احق بها وهى لهم ـ وفى خبر (٤) آخر له عن الباقر (ع) ايما قوم احيوا شيئاً من الارض او عمروها فهم احق بها ـ والمضمر قرينة على ان المراد من الاحقية فى الخبر الثانى هو الاستحقاق الملكى.

الارض العامرة بعد الموت

(قوله قده الثالث ماعرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيى الخ) اقول ان كانت العمارة بسبب سماوى ـ كانت الارض ملكا للامام للاستصحاب بل للادلة فانها دالة على عدم خروج الملك عن ملك مالكه بلا سبب ـ وان كان بالاحياء ـ فان كان ذلك بغير اذنه (ع) فحكمه ماتقدم وان كان باذنه فالمشهور بين الاصحاب انها ملك للمحيى بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه وعن التنقيح اجماع المسلمين عليه ـ وفى المتن وبالى من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لا نفس الرقبة هذه عبارة المبسوط ـ اذا تحجر ارضاً وباعها لم يصح بيعها وفى الناس من قال يصح و هو شاذ و اما عندنا

١ـ الوسائل ـ باب ٤ من ابواب الانفال.

٢ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب احياء الموات

٣ـ ٤ ـ الوسائل باب ١ ـ من ابواب احياء الموات حديث ١ ـ ٣

فلايصح بيعه لانه لايملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك بالتصرف بشرط ان يؤدى الى الامام مايلزمه عليها الخ ـ ومراده من الاحياء التحجير ـ والشاهد عليه امور ـ احدها تصريحه بانه يملك بالتصرف ـ ثانيها قوله فاماعندنا فلايصح بيعه مع ان المشهور بين الاصحاب جواز بيعه و دلت النصوص (١) عليه ـ ثالثها تصريحه بالملك بالاحياء فى غير موضع من كتبه وانما حكم بعدم الملك بالتحجير من جهة ان التحجير عنده ليس من مصاديق الاحياء قال فى المبسوط ـ بعد الحكم بان التحجير يوجب الاحقية دون الملك ـ والتحجير ان يؤثر فيها اثر الم يبلغ به حد الاحياء مثل ان ينصب فيها المزور او يحوط عليها حائطا وما اشبه ذلك من آثار الاحياء فانه يكون احق بها من غيره الخ .

و كيف كان فيشهد للملك نصوص (٢) الاحياء ـ و النصوص (٣) المتضمنة لجواز الشراء من المحيى معللة بانها بالاحياء صارت له ـ وظاهر صحيحى (٤) الكابلى وعمر بن (٥) يزيد المتضمنين لوجوب الخراج عليه ودفعه الى الامام عدم الملك ـ لكن تقدم انه يتعين طرحهما او التصرف فيهما بنحو لاينافى الملك ـ فراجع ـ فالاظهر انها ملك للمحيى .

الموات بعد العمارة

(قوله قده الرابع ماعرض له الموت بعد العمارة فان كانت العمارة اصلية فهى مال الامام (ع) (الخ) اقول ان كانت العمارة سماوية كانت العمارة اصلية اوعرضية فهى للامام ـ اما اذا كانت عرضية فلان الارض المفروضة كانت مواتا في الاصل وملكا له (ع) وهى باقية على ماهى عليه ـ واما ان كانت العمارة اصلية فلما دل على ان الارض الميتة

١ـ٢ـ٣ـ الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٢١ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه.

٤ـ الوسائل ـ باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢

٥ـ الوسائل ـ باب ٤ ـ من ابواب الانفال حديث ١٢

للامام الشاملة للميتة بالاصالة و بالعرض - ومادل من النصوص الصحيحة - على ان الارض الخربة والخربة التي لارب لهاله(ع) فان الخربة ظاهرة في الخربة العرضية .

وان كانت العمارة من معمر - فالكلام فيه يقع في مقامين (الاول) في انه هل تخرج الارض بالموت عن ملك المحيى كما عن العلامة في التذكرة والشهيد الثاني في المسالك - ام لاتخرج كماهو المشهور بين الاصحاب (الثاني) في انه على فرض عدم الخروج هل يملكها لو احياها آخر كما عن العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في الروضة بل عن جامع المقاصد انه المشهور ،بين الاصحاب - ام لايملكها كما عن جماعة من القدماء والمتاخرين - ام يفصل بين ماذا كان الخراب مستندا الى اهمال المالك وترك المزاولة لها - وبين ماذالم يكن مستندا الى ذلك فيملكها على الاول دون الثاني كما اخترناه في الجزء السادس من هذا الشرح .

اما المقام الاول فقد استدل لخروجها عن ملكه بوجوه (الاول) ان الارض اصلها مباح فاذاتركها الاول حتى عادت الى ما كانت عليه صارت مباحة (الثاني) ان السبب في صيرورتها ملكاهو الاحياء فاذازال السبب زال المسبب(الثالث) اطلاق مادل على ان الارض الميتة - او الخربة - للامام (ع)- وفي الكل نظر(اما الاول) فلان كون اصلها مباحا لايوجب صيرورتها مباحة بعد ما دخلت في ملك المحيي و خروجها عن ملكه مع دلالة الدليل على ان خروج الملك لابدوان يكون بسبب (واما الثاني) فلان المستفاد من الادلة كون ذات الارض مملوكة بسبب الاحياء وانه كساير الاسباب المملكة يكون سبباً لحدوث الملكية - لاان الارض المعنونة بعنوان المحياة مملوكة - ولا انه سبب للملكية حدوثا و بقاءاً(واما الثالث) فلانه يتعين تقييد اطلاق تلك النصوص بما في النصوص الاخر من التقييد بالارض التي لارب لها .

ويشهد لبقائها على ملك مالكها - مضافا الى ان المستفاد من الادلة ان زوال الملك لابدوان يكون بناقل - الاستصحاب (واورد عليه) تارة - بالشك في بقاء الموضوع فان موضوع الملكية ان كان هوذات الارض فهو باق قطعا - وان كان هوعنوان المحياة

فهو مرتفع قطعا ـ واخرى ـ بان الشك فى المقام من قبيل الشك فى المقتضى للشك فى ان الاحياء هل هو سبب للملكية حتى بعد عروض الموت ام لا (ويمكن) دفع الاول بما تقدم من ظهور الادلة فى ان الموضوع هو ذات الارض وان الاحياء بمنزلة الشرط فى القضية ـ ويمكن دفع الثاني ـ بان المختار حجية الاستصحاب مطلقا حتى فى موارد الشك فى المقتضى مع ان هذا ليس من الشك فى المقتضى الذى بنى المصنف ره على عدم حجية الاستصحاب فيه ـ فان مورده مالو شك فى اقتضاء المستصحب للبقاء فى عمود الزمان و تمام الكلام فى محله ـ فالاظهر بقائها على ملك المحيي الاول .

واما المقام الثانى فالكلام فيه يقع فى موردين (الاول) فيما يقتضيه العمومات (الثانى) فيما تقتضيه النصوص الخاصة .

اما المورد الاول فقد استدل لتملك المحيى الثانى ـ بعموم من (١) احيى ارضا ميتة فهى له (وفيه) انه قد تقدم ان هذا ليس متضمنا لاذن مالك الملوك كي لايحتاج الى اذن مالكه وانما التزمنا بذلك فى ملك الامام من جهة اخبار التحليل او شاهد الحال اوغير ذلك من الوجوه المتقدمة غير الجارى شيء منها فى المقام وعليه فمقتضى مادل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه ورضاه عدم جواز الاحياء فى المقام و القياس بالالتقاط بعد ورود النص الخاص فيه مع الفارق .

واما النصوص الخاصة فهى على طوائف (الاولى) ماظاهره البقاء على ملك المحيى الاول كصحيح (٢) سليمان بن خالد عن الصادق (ع) عن الرجل يأتى الارض الخربة فيستخرجها ويجرى انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال(ع) الصدقة قلت فان كان يعرف صاحبها قال(ع) فليؤد اليه حقه ـ اذ المراد بالحق اما الارض او اجرتها وعلى التقديرين يدل على ذلك ونحوه صحيح (٣) الحلبى (الثانية) ما ظاهره ـ صيرورتها ملكا للمحيى الثانى من دون شيء عليه كصحيح (٤) معاوية بن و هب عن الصادق (ع) ايما

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب كتاب احياء الموات

٢ ـ ٣ ـ ٤ ـ الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب احياء الموات حديث ٣ ـ ١

رجل اتى خربة بائرة فاستخرجها و كرى انهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ارضا لرجل قبله فغاب عنها و تركها فاخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله و لمن عمرها - فان ظاهره ان الارض لمن يقوم بعمارتها لا لمن تركها فاخربها - (الثالثة) ماتضمن احقية الثانى بها ووجوب الخراج عليه كصحيح(١) الكابلى المتقدم فان تركها و اخربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها واحياها فهو احق بها من الذى تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتى الخ و الطائفة الاخيرة تقدم تعين طرحها - واما الاوليتان فحيث ان الثانية مختصة بصورة الاهمال - فتخصص الاولى بها - فتكون النتيجة التفصيل الذى اخترناه .

ويؤيد ذلك ماورد (٢) فى الارض التى اسلم اهلها طوعا فان الارض وان كانت ملكا لهم الا انهم اذا اهملوها حتى خربت لولى المسلمين ان يقبلها من غيرهم ليقوم بعمارتها وياخذ وجه الاجارة ويدفع بمقدار حق الارض الى مالكها و يصرف الباقى فى الامور العامة - ثم ان ذكر ساير ماقيل فى وجه الجمع بين النصوص و الجواب عنها موكولان الى محل آخر .

الارض المفتوحة عنوة

(قوله قده ثم ماملكه الكافر من الارض اما ان يسلم اهله طوعا - وان رفعت يده عنها قهرا الخ) لايخفى انه قده بعد مابين اقسام الارضين و احكامها اراد ان يبين حكم الارض المفتوحة عنوة والكلام فيها يقع فى جهات .

الاولى فى ان هذه الارض وان كانت مبينة من حيث المفهوم اذ هى عبارة عن الارض التى فتحت بالخيل و الركاب قهرا ورفعت يد الكفار عنها بغلبة المسلمين الا انها مجهولة مصداقا وقد تقدم فى الجزء الثانيعشر من هذا الشرح فى مسألة الاراضى الخراجية بيان

١- الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢

٢- الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب جهاد العدو ومايناسبه

مايثبت به ذلك.

الثانية فى اعتبار اذن الامام (ع) فى القتال فى ترتب حكم الارض المفتوحة عنوة وقد تقدم فى ذلك المبحث ان الاظهر عدم اعتباره .

الثالثة فى اعتبار كونها محياة حال الفتح - وقد تقدم فى تلك المسألة اعتبار ذلك وعليه فارض الغرى ليست منها .

الرابعة فى ان التصرف فى الارض الخراجية فى زمان الغيبة هل يحتاج الى اذن من له الاذن ام لا - وقد تقدم فى تلك المسألة تنقيح القول فى ذلك مفصلا فراجع.

الخامسة فى ان خراج هذه الارض هل حلل للشيعة فى زمان الغيبة ام لا - وقد عرفت عدم تحليله

السادسة فى بيان ان الخمس هل هو ثابت فيها ام لا وقد تقدم ثبوته

السابعة فى بيان كيفية استحقاق المسلمين وانه هل بعنوان ملك الرقبة اوبنحو آخر - والمشهور بين الاصحاب هو الاول - وعن جماعة منهم الشهيد الثانى ره فى جملة من كتبه والمحقق الاردبيلى ره أن الرقبة غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين وهم مصرف لحاصلها - والاول اظهر - لانه ظاهر النصوص الاتية - لمكان اللام واضافة الارض الى المسلمين واستدل للقول الثانى بوجوه (الاول) قوله (ع) فى مرسل (١) حماد الطويل فهى موقوفة متروكة فى يدى من يعمرها ويحييها الخ - بتقريب انه يدل على ان الارض محبوسة متروكة وهذا يلازم فك الملك (وفيه) ان المحبوسية والمتروكية لاتنافى مع الملك بل تجامعه فلا ينافى المرسل ساير النصوص الظاهرة من جهة اللام و الاضافة فى الاختصاص المطلق المساوق للملك (الثانى) انه لو كانت الرقبة ملكا للمسلمين لما جاز تقبيلها من احدهم اذ اجارة الارض ممن يملك جزء منها غير جائزة (وفيه) انه قد تقدم فى اول الدخول فى بيان اقسام الاراضى واحكامها - بيان كيفية ملكيتها لهم - وانها تكون ملكا للنوع لا للافراد وعليه فالفرد بما هو غير مالك كى لايجوز الاجارة منه - وبه يظهر الاشكال فى الوجه الثالث - وهو انه لو كانت الرقبة ملكا لهم لجاز ان ينقل بعضهم حصته الى بعض مع انه لايجوز - فان المالك هو النوع لا الشخص.

١- الوسائل - باب ٤١ - من ابواب جهاد العدو حديث٢

الثامنة فی جواز بیع الارض المفتوحة عنوة وعدمه ـ و قداختلفت کلمات القوم فی المقام و قدنقل المصنف ره فی المتن تلك الاقوال والوجوه ـ و حیث ان منشأ الاختلاف هی النصوص فالاولی صرف عنان الکلام الی بیان مایستفاد منها ـ فاقول.

منها خبر (١) ابی بردة بن رجا قال قلت لابی عبدالله (ع) کیف تری فی شراء ارض الخراج قال (ع) ومن یبیع ذلك هی ارض المسلمین قال قلت یبیعها الذی هی فی یده قال(ع) و یصنع بخراج المسلمین ماذا ـ ثم قال ـ لابأس ان یشتری حقه منها و یحول حق المسلمین علیه و لعله یکون اقوی علیها و املی بخراجهم منه ـ و ابوبردة وان لم یوثق الا ان الراوی عنه هو صفوان بن یحیی الذی هو من اصحاب الاجماع فلاوجه للمناقشة فیه من حیث السند ـ واما فقه الحدیث (فملخصه) ان الظاهر من قوله و من یبیع ذلك الاستفهام التوبیخی و قوله هی ارض المسلمین بمنزلة العلة للمنع ولکن الراوی فهم منه الاستفهام الحقیقی فقال یبیعها الذی هی فی یده ـ وقوله (ع) و یصنع بخراج المسلمین ماذا یوهم ان المانع من البیع کون الارض خراجیة ـ وعلی ای تقدیر فقد استدرك الامام (ع) عما افاده من عدم جواز البیع فقال لابأس ان یشتری حقه منها وظاهره ایضا عدم بیع الارض بل بیع حقه منها ـ و بیع الحق یحتمل بیع حق الاولویة والاختصاص و یحتمل ارادة بیع الاثار التی احدثها البایع وعلی ای تقدیر لادلالة فیه علی جواز بیع الارض و لوتبعا للاثار ـ ولکن الاظهر هو الثانی ـ لما سیأتی من عدم دلیل علی ثبوت حق الاولویة ـ ولعدم صحة نسبة الاشتراء الیها بناء علی اعتبار کون المبیع من الاعیان ـ ولقوله حقه منها ـ اذ لو کان المراد حق الاولویة کان الصحیح ان یقول حقه فیها فتدبر ـ وقوله (ع) لعله یکون اقوی الخ یعنی اقوی علی الارض و عمارتها و توفیر حاصلها واملی واقدر علی دفع خراج المسلمین ـ فهذه الروایة تدل علی عدم جواز بیع الارض المفتوحة عنوة ولو بتبع بیع الاثار .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٧١ من ابواب جهاد العدو حدیث ١ .

و منها مرسل حماد (١) الطويل المنجبر بتلقى الاصحاب اياه بالقبول -وفيه- والارضون التي اخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها الخ - و هذا ايضا يدل على المنع اذ المراد من الموقوفة المتروكة - اما ان يكون هي المحررة المحبوسة على المسلمين من باب فك الملك - او المملوكة المحبوسة عليهم وعلى التقديرين يدل على المنع لانه مقتضى محبوسية الارض .

ومنها صحيح (٢) الحلبي عن الصادق (ع) عن السواد ما منزلته قال (ع) هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد فقلت الشراء من الدهاقين قال (ع) لا يصلح الا ان يشتري منهم على ان يصيرها للمسلمين فاذا شاء ولي الامر ان يأخذها اخذها قلت فان اخذها منه قال (ع) يرد عليه رأس ماله وله ما اكل من غلتها بما عمل -قوله (ع) لا يصلح ظاهر في المنع عن البيع -واما الاستثناء فيتعين حمله على ارادة الاشتراء الصوري من جهة قوله (ع) قبله هي لجميع المسلمين وقوله ان يصيرها للمسلمين اى تعود الارض الى المسلمين ويصرف حاصلها في مصالحهم- وقوله فاذا شاء ولي الامر الخ ظاهر في عدم صيرورتها ملكا له وان لولي الامر ابقاء الارض تحت يده وله اخذها منه - واما قوله فيرد عليه رأس ماله - فهو اما ان يكون تفضلا من ولي الامر من جهة استنقاذه الارض من يد الدهاقين - او يكون من جهة كونه بازاء ما كان للدهاقين من الاثار المملوكة- او بازاء حق الاختصاص - وقوله (ع) وله ما اكل من غلتها - ظاهر في ان المنافع كالعين تكون للمسلمين ولكن حيث انه عمل فيها فله ما اكل منها .

ومنها خبر (٣) محمد بن شريح عن الصادق (ع) عن شراء الارض من ارض الخراج فكرهه وقال (ع) انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال لا بأس الا ان يستحيي من عيب ذلك - وهذا الخبر لا يعتمد عليه من جهة ان من رجال سنده علي بن الحارث وهو مجهول- واما من حيث الدلالة فصدره ظاهر في المنع لقوله فكرهه

١- الوسائل باب ٤١ من ابواب جهاد العدو حديث ٢

٢-٣- الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٤-٩

معللا بان ارض الخراج للمسلمين - وذيله ظاهر فی الجواز مع الالتزام بخراجها - فلابد من التصرف اما فی الصدر بحمل قوله (ع) ارض الخراج للمسلمين على ارادة انخراجها لهم ورقبتها لمن عمرها - او بالتصرف فی الذيل بحمل شرائها على ارادة شراء آثارها من العمارة المفروضة. ولو لم يكن الثانی اظهر - من جهة قوله الا ان يستحيی من عيب ذلك فان عدم كون الارض ملكا ربما يكون عيبا - فلا اقل من تساوی الاحتمالين فيحكم بالاجمال.

ومنها خبر (١) اسماعيل بن الفضل الهاشمی عن الصادق (ع) عن الرجل اشترى ارضا من ارض الخراج فبنى بها او لم يبن غير ان أناسا من اهل الذمة نزلوها له ان يأخذ منهم اجرة البيوت اذا ادوا جزية رؤوسهم قال (ع) يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال - وقد استدل به كل من القائلين بالمنع - والجواز.

اما القائل بالجواز فقد استدل بفقرتين منها (الاولى) صدره الظاهر فی تقريره (ع) شراء ارض الخراج (الثانية) حكمه (ع) بان اجرة البيوت لهم بعد الشرط فلو لم يكن الارض لهم لم تكن الاجرة لهم (لايقال) انه على فرض ملكية الارض ماذا وجه السؤال عن كون المنفعة لهم (فانه يقال) ان وجه السؤال احتمال كون منفعة الارض كخراجها للمسلمين فجوابه (ع) ينطبق عليه وانه ليست المنافع كالخراج بل هی تابعة لملكية الرقبة (ولكن) يرد على الثانية ان السؤال ليس عن كون الاجرة له او للمسلمين بل انما هو عن اخذ الاجرة - والظاهر ان منشأ هذا السؤال ان الذمی اذا ادى الجزية هل هو كالمسلم يستحق النزول على اهل الاراضی الخراجية ام لا فاجاب (ع) بان له اخذ اجرة النزول بعد الشرط والقرار (واما الاولى) فحيث انها ليست فی مقام البيان من جهة جواز الاشتراء فقابلة للحمل على ارادة الشراء على الوجه السائغ و هو شراء الاثار والعمارة. فهذا الخبر لايدل على الجواز بل يدل على المنع من جهة فرض كون الارض خراجية بعد الشراء فانه يسئل عن استحقاق اهل الذمة للنزول على اهل الخراج.

ثم انه لو سلم دلالته على الجواز فالنسبة بينه وبين نصوص المنع المتقدم بعضها والاتی آخر عموم مطلق - فانه اعم من المفتوحة عنوة وغيرها من ارض الخراج فيقيد اطلاقه بها

---

١ - الوسائل - باب ٢١ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١٠

(ثم ان) الایراد علی الخبر بضعف السند- من جهة ان الکلینی والشیخ یرویان الحدیث عن الحسن بن محمد بن سماعة وهو یروی عن غیر واحد - وهم مجهولون- فی غیر محله- فان الحسن هذا ذکر وافی حقه انه نقی الفقه حسن الاعتقاد والظاهر من ذلک انه لایروی الاعن المقبولین لاسیما اذاروی عن غیر واحد فالحدیث معتبر سندا .

ومنها خبر ابی(١) الربیع الشامی عن ابی عبدالله(ع) لاتشتر مـن ارض السواد شیئا الامن کانت له ذمة فانما هو فیء للمسلمین- وابو الربیع - والراوی عنه خالد بن جریر - وان لم یوثقا- الاان الراوی عن خالد هو الحسن بن محبوب الذی هو من اصحاب الاجماع فالخبر صحـیح سندا - ویدل علی المنع عن بیع الارض المفتوحة عنوة والاستثناء انما یکون من جهة ان الارض المفتوحة عنوة ان ابقیت فی ید من کانت له ذمة تکون ملکا لاربابها فیجوز بیعها-وهذا یدل علی ان بعض قطعات ارض السواد هکذا.

ثم انه ربما یستدل علی جواز البیع بجملة من النصوص (٢) و اکثرها واردة فی ارض الجزیة وارض من له ذمة وهی ملک لاربابها-ولو فرض کون موردها اوبعضها الارض المفتوحة عنوة فللنصوص المتقدمة تحمل علی ارادة البیع بالنحو المتقدم و هو بیع الاثار والعمارة اوتطرح - فالاظهر عدم جواز بیعها الامستقلاولاتبعا للاثار.

التاسعة - فی ان من عمر الارض هل له حق الاختصاص و الاولویة بها املا - صرح المصنف ره بالاول - والحق ان یقال ان المراد به ان کان عدم جـواز مزاحمة الغیر لمن بیده الارض - فهو ثابت - فانه اذا اذن من له الاذن فی تقبلها تکون هی کسایر الاعیان المستاجرة فکما انه لایجوز لاحد مزاحمة المستاجر - کک لایجوز هنا مزاحمة المتقبل وان کان المراد به ثبوت حق اعتباری فی العین قابل للنقل و الانتقال فهو ممالا دلیل علی ثبوته اذ تقبل الارض کاستیجارها یوجب وجوب تسلیم العین مقدمة للانتفاع بها ولایدل علی ثبوت حق وامر اعتباری فیها .

العاشرة المنصوص علیه کون(٣) ارض العراق التی یعبر عنها بارض السواد -

---

١-٢-٣- الوسائل -باب ٢١ - من ابواب عقد البیع وشروطه

(من جهة ان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض والتفاف شجرها سموها السواد لذلك) مفتوحة عنوة وانها فيىء للمسلمين - ولكن جرت السيرة العملية القطعية على المعاملة معها معاملة الاملاك الشخصية - ويمكن دفع هذه الشبهة بانه قد ثبت كون كثير من تلك الاراضى لاربابها لا للمسلمين (منها) الموات حال الفتح فانها ملك الامام ويملكها من احياها - والظاهر ان المشاهد المشرفة وجملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل - وعلى هذا فلا حاجة الى الاستدلال على جواز بيع مايعمل من التربة الحسينية بالسيرة بتوهم ان بها يقيد اطلاق نصوص المنع (ومنها) الخمس من تلك الاراضى فانه يملكها المستحق للخمس فينتقل الى غيره بالمعاملة او الارث (ومنها) الاراضى التى ابقيت فى يد اهل الذمة فانها ملك لاربابها وعليهم الجزية وقد تقدم فى خرابى الربيع وجود هذه الارض فى ارض العراق و على هذا فاذا ثبت كون ارض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحياة حال الفتح لم يجز بيعها ومالم يثبت فيه ذلك جاز لانحلال العلم الاجمالى لعدم كون جميع اطرافه محل الابتلاء لاسيما وان الاراضى الخراجية التى يضرب عليها الخراج من اراضى المزارع كثيرة الى الان وامرها بيد السلطان .

ماينفصل من المفتوحة عنوة

(قوله قده ومما ذكرنا يعلم حال ماينفصل من المفتوح عنوة الخ)

محصل الكلام - ان ماينفصل من المفتوحة عنوة - ان صار موجودا بعد الفتح كالشجر والزراعة المتحققين بعد الفتح وكان ذلك بعد التقبل والاجارة - لا كلام فى انه ملك للمستأجر والمتقبل وما كان قبله فهو ملك للمسلمين بتبع الارض - وان كان موجودا حال الفتح - اووجد بعد وكان تابعا للارض - فهو على اقسام (الاول) ما يكون مقوما للارض كاجزاء الدار (الثانى) مايعد من منافعها وان كان من الاعيان كالشجر النابت فيها (الثالث) مايكون منفصلا عن الارض حين الفتح (الرابع) مايكون مدفونا فيها اما القسم الاول - فهو ملك للمسلمين بنفس ملكية الارض وبعد الانفصال .

لادليل على خروجه عن ملكهم غاية الامرحيث لاينتفع به مع اجارته يباع و يصرف ثمنه فيما يصرف فيه عوض الارض - واحتمال - كونه من المباحات لعموم من سبق المتقدم كما في المتن لاارى وجهاله بعد اختصاص الحديث بمالايكون مملوكا لاحد (واما) القسم الثاني - فهو ايضا لكونه منافع الارض تابع لها وملك للمسلمين و حكمه ما تقدم (واما) القسم الثالث - فهو من المنقول الموجود حال الفتح فيكون لخصوص المقاتلين (و اما) القسم الرابع - فلا تامل في عدم كونه تابعا للارض وملكا للمسلمين - لكونه من المنقول الموجود حال الفتح وفي شمول مادل على ان المنقول لخصوص المقاتلين. له وجهان - وان لم يكن شاملا له فهو من المباحات - وقيام السيرة على تملك جميع الاقسام بالحيازة - غير ثابت والله تعالى اعلم .

في اشتراط كون ملك كل من العوضين طلقا

(قوله قده واعلم انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تاخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا الخ) اقول المراد من الطلقية ان لايكون في المبيع مانع عن التصرف لانها من الاطلاق المقابل للتقييد (توضيح ذلك) ان عدم السلطنة على التصرف في الشيء ربما يكون لخلل في المتصرف - اما لعدم المقتضى كما اذا لم يكن ملكا له اولمانع كما اذا كان المالك محجورا عن التصرف لفلس ونحوه - وربما يكون لخلل في ما يتصرف فيه - وذلك ايضا قد يكون لعدم المقتضى كما اذا لم يكن مالا - وقد يكون للمانع كما اذا كان وقفا اورهنا - وعدم ملك التصرف من الناحية الاولى لرجوعه الى المتصرف ذكر في شروط المتعاقدين - وعدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه الى المتصرف فيه ذكر في شروط العوضين - فملكية الشيء - ربما تكون محفوفة بالوقفية اوالرهنية او غيرهما من الموانع - وربما تكون مطلقة وقد انعقد هذا البحث لاعتبار كونها مطلقة و غير محفوفة بشيء من الموانع ومن الواضح ان هذا المعنى غير كون البايع مستقلا بنقله ونقله ماضيا فيه - فلايرد - عليهم ما اورده المصنف ره عليهم بان مرجع هذا

الشرط الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه ممايصح للمالك بيعه مستقلا.

ثم انه هل يكون هذا شرطا خاصا واحدا معتبرا فى البيع و يترتب عليه عدم جواز بيع الوقف والرهن ونحوهما ـ ام هو عنوان انتزاعى مماهو مانع لا انه بنفسه مانع فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الأمر الانتزاعى على منشأ انتزاعه وجهان ـ مختار المصنف ره هو الثانى ـ وعن المحقق الخراسانى ره اختيار الاول (واستدل) له بان المبرهن فى محله ان الواحد لا يصدر الا عن الواحد ـ فاذا كان الاثر واحدا كشف ذلك عن وحدة المؤثر ـ فان كان المؤثر بحسب الصورة متعددا لابد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بينها ـ ففى المقام لابد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بين الاعدام الخاصة وان المانع هو الجامع بين تلك الموانع (وفيه) ان هذا البرهان لو تم و كان جاريا فى الاحكام الشرعية من جهة انه وان لم يكن فيها تأثير وتاثر وان مقتضى الجعل ارادة الجاعل ـ الا انه بلحاظ المصالح والملاكات يجرى فيها هذا البرهان فان المولى الحكيم اذا لم يكن شىء دخيلا فى الملاك لما كان آخذاً اياه فى الموضوع ـ فانما هو فى خصوص المقتضى الذى يترشح منه المقتضى ـ ولا يتم فى الشرائط الدخيلة فى فعلية الاثر من المؤثر ـ و الموانع ـ و لـذا لم يتوهم احد رجوع شرائط الصلاة الى شرط واحد فلابد من تعيين احد الوجهين من الرجوع الى الأدلة اللفظية و هى تتضمن مانعية كل عنوان خاص واشتراط عدمه وليس فى الأدلة مايتضمن اعتبار كون الملك طلقا وعليه فالاظهر هو الثانى.

بيع الوقف

(قوله قده مسألة لايجوز بيع الوقف اجماعا محققا فى الجملة ومحكيا الخ)

اقول حق القول فى المقام يقتضى التكلم فى موردين ـ الاول ـ فى اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها اوبلازمها لعدم جواز البيع ـ الثانى فى الادلة الخاصة.

اما المورد الاول فالوقف لغة هو ايقاف الشىء وحبسه المساوق للسكون فى قبال الجريان فى التقلبات وليس له فى الاصطلاح معني آخر ـ بل ذكروا فى حقيقته انه

تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة ـ وفى النبوى(١) انه حبس الاصل وسبل الثمرة ـ والمراد من التحبيس اما الممنوعية عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء و صاحب الجواهر اوقصر الملك على شخص اوجهة مثلا بحيث لا يتعداهما وعلى التقديرين يثبت المطلوب ـ اما على الاول ـ فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعية من التصرف ـ ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف ـ وبه يظهر وجه ما افاده صاحب الجواهر ره من ان الوقف مادام وقفا لايجوز بيعه بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد نعم اذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه انتهى ـ واما على الثاني ـ فلان حقيقة الملك لا تختلف فى الوقف وغيره ـ فحيثية عدم التعدى عن موضوعه راجعة الى عدم نفوذ التصرف فيه شرعا بالانتقال من موضوعه.

واما المورد الثاني فقد استدل لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

الاول ـ عموم قوله(ع) الوقوف يكون على حسب مايوقفها اهلها ـ ففى مكاتبة(٢) الصفار ـ الى ابى محمد الحسن بن على عليهما السلام فى الوقف وماروى فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع (ع) الوقوف تكون على حسب مايوقفها اهلها انشاء الله تعالى وفى اخرى(٣) الوقوف على حسب ما يقفها اهلها انشاء الله ـ وقد استدل به المصنف ره (وفيه) ان الظاهر منه ارادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التى قررها الواقف من القيود و الشروط فى الموقوف عليه والعين الموقوفة وصرف المنافع ـ وليس المراد به ان الوقوف يجب ابقائها (وعليه) فان كان عدم البيع مأخوذا فى حقيقة الوقف ـ فلاوجه للاقتصار على هذا الخبر بل كان الاولى ان يتمسك اولا بالعمومات الاولية من قبيل او فوا بالعقود و غيره ـ وان لم يكن ماخوذا فيها كما هو مسلك المصنف ره على مايصرح به فى الصورة الاولى من صور جواز بيع الوقف ـ فهذا الخبر لايدل على ترتبه على الوقف

الثاني خبر ابى(٤) على بن راشد قال سألت اباالحسن (ع) قلت جعلت فداك

---

١ ـ المستدرك باب ٢ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١

٢ ـ ٣ ـ الوسائل باب ٢ ـ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ ـ ٢

٤ ـ الوسائل باب ٦ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ ـ

اشتریت ارضا الی جنب ضیعتی بالفی درهم فلما وفرت المال خبرت ان الارض وقف فقال(ع) لایجوز شراء الوقف ولاتدخل الغلة فی ملكك ادفعها الی من اوقفت علیه قلت لااعرف لهاربا قال(ع) تصدق بغلتها - وهذا الخبر مروی فی الكافی والفقیه - وهو فی الاول مجهول وفی الثانی صحیح - فلاخدشة فیه سندا- واما من حیث الدلالة فقد یقال انه یدل بقرینة ذیله علی عدم جواز الشراء من غیر الموقوف علیه وهذا ممالاكلام فیه - انما الكلام فی الشراء من الموقوف علیه -ولكن یرد علیه أن الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفالاصدور البیع من غیر اهله (مع) ان ترك الاستفصال فی الصدر فی مقام الجواب كاف فی اطلاق المنع اذالسؤال لم یكن مقیداً فی الصدر وانما قیده بعد جوابه (ع) فجوابه مطلق - فهذا الخبر من ادلة عدم جواز بیع الوقف

الثالث ماروی(١) فی صدقات امیر المؤمنین (ع) من قوله هذا ماتصدق به علی ابن ابی طالب وهوحی سوی تصدق بداره التی فی بنی زریق صدقة لاتباع ولاتوهب حتی یرثها الله تعالی الذی یرث السماوات والارض - بدعوی - ان الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لالشخصها (اقول) الذی یظهر من كلمات المصنف ره و غیره - ابتناء الاستدلال به علی ذلك- وان الامر یدور بین كون الوصف صفة لنوع الصدقة اولشخصها.

وحق القول فی المقام ان یقال انها لیست صفة لنوع الصدقة لانها عبارة عن التملیك المتقرب به الی الله تعالی - ولها نوعان (احدهما) ماهوقسیم للوقف و هو یمتاز عن الوقف بفصل عدمی وهو عدم كونه بحیث لایباع ولایوهب (ثانیهما) الوقف وهو مایكون متفصلا بكونه بحیث لایباع ولایوهب-وعلیه - فالصدقة بمنزلة الجنس وباحدالفصیلن تصیر وقفا - وبالاخر صدقة خاصة - فقوله (ع) لاتباع ولا توهب لیس وصفا لنوع الصدقة قطعا (اللهم) الا ان یقال ان مرادهم من صفة نوع الصدقة كونه وصفالنوع من الصدقة فلایرد علیهم هذا الایراد (ثم ان) مرادهم من كونه وصفا للنوع اعم من كونه فصلا مقوما للنوع و كونه لازما للوقف - فلایرد علی المصنف ره

١- الوسائل باب٦ من ابواب الوقوف والصدقات حدیث ٢.

التهافت في كلماته حيث استظهر في المقام كونه صفة لنوع الصدقة ويصرح فيما بعد من عدم كون المنع من الانتقال ماخوذا في حقيقة الوقف كما لا يخفى - (ثم ان) المراد من كونه وصفا للشخص كونه وصفا له بنحو الاشتراط اذ لو لم يكن ذلك فصلا او لازما للنوع يمتنع كونه مقوما للشخص بما انه فرد لهذا النوع و ليست هذه الحيثية من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصا بنحو الاشتراط والالتزام - فالامر يدور بين كونه وصفا للنوع وكونه وصفا للشخص بنحو الاشتراط.

والاظهر هو الاول - وذلك لوجوه (الاول) ان الظاهر من قوله (ع) لاتباع كونه بنفسه وصفا للصدقة - لا التزاما وجعلا (الثاني) انه لو كان شرطا والتزاما في ضمن التزام كان المتعين عدم ذكره الا بعد تحقق الالتزام الاول بما له من الاركان التي منها الموقوف عليه سيما وان الالتزام يكون على الموقوف عليه فلا معنى لذكره قبل ذكره (الثالث) ان الظاهر من صورة الوقف انه في مقام انشاء الوقف كتبيا مطابقا للانشاء اللفظي الذي انشاه في الخارج واذا لم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف و كان شرطا خارجيا لماصح الانشاء لما عرفت من ان الصدقة بمنزلة الجنس للوقف (الرابع) انه لو كان شرطا كان يصدر الوصف بكلمة (على) اونحو تلك - فيكون وصفا للنوع - ولكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف في هذا النوع الخاص فلعل له نوعين احدهما المتقوم بهذه الحيثية - ثانيهما غير المتقوم بها - فمع فرض كونه وصفا للنوع لا يدل على المطلوب - اللهم الا ان يضم عدم الفصل بين اقسام الوقف ولا بأس به.

(قوله قده مع انه لو جاز البيع في بعض الاحيان الخ) ذكر ذلك من مرجحات كونه وصفا للنوع - وحاصله - انه لو كان شرطا كان اطلاقه مخالفا للمشروع لجواز في بعض الاحيان فكان فاسدا بل مفسدا - والظاهر ان الفرق بين الجواز الثابت و في موارد الاستثناء - والجواز الذي يكون في مطلق الوقف على القول به - حيث انه لم يستشكل في الشرط من الناحية الثانية واستشكل فيه من الناحية الاولى - ان الجواز في موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز في مطلق الوقف فانه يكون عن عدم ما يقتضي للمنع فشرط خلاف الاول مخالف للمشروع دون شرط خلاف

الثاني - فتامل - وكيف كان فدفعه بوجهين (احدهما) انصراف البيع الى البيع لالعذر (ثانيهما) لزوم هذا التقييد سواء كان الوصف فصلا للنوع او شرطا خارجيا - (ويرد عليه) ان الشرط ان كان عدم جواز البيع كان مخالفا للمشروع على جميع التقادير - وان كان عدم الفعل لم يكن مخالفاله فان شرط عدم فعل ماهو جائز ليس مخالفا للكتاب والسنة .

(قوله قده مع احتمال علم الامام (ع) الخ) هذا من مرجحات كونه شرطا خارجيا (ومحصله) انه لو كان شرطا يمكن حفظ اطلاقه من جهة علمه (ع) بعدم طرو المسوغات المنافية للاشتراط - ولو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة اذ علمه (ع) بان شخص هذه الصدقة لايطرء عليه المسوغ لايجوز توصيف الطبيعي بوصف يختص بهذا الشخص.

(قوله قده ومما ذكرنا ظهر ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة الخ)

وقد سبقه في ذلك بعض الاساطين -ولايخفى انه لم يذكر قبل هذا الاصل المنع ولم يتعرض للجهات المقتضية للمنع وانها ثلاث - وكيف كان فلا بدلنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة.

فنقول (اما) كونه متعلقا لحق الواقف - فتقريبه ان الواقف بجعل العين وقفا يجعلها صدقة جارية ينتفع انتفاعا اخرويا بانتفاع الموقوف عليهم - و البيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات (وفيه) ان مجرد انتفاع الواقف اخرويا بعد خروج الملك عن ملكه لايصلح مانعا عن البيع فان هذا لايوجب حدوث حق اعتباري في العين مانع عن بيعها وتفويت الغرض ليس كتفويت الحق مانعا عن البيع- (مع) ان متعلق البيع نفس العين - والمثوبات انما تكون بازاء الانتفاعات فلا مانع من بيع العين وبقاء حق الموقوف عليهم في استيفاء المنافع الموجب لانتفاع الواقف متعلقا بها فتامل (لايقال) ان المراد ان هذا غرض معاملي للواقف حيث انه انشأ الوقف بابقاء العين وتسبيل المنفعة وقدا مضى الشارع هذا المعنى بقوله الوقوف على حسب

مايقفها اهلها - (فانه يقال) ان المانع عن البيع على هذا هو حقيقة الوقف لمنافاتها مع جواز البيع لاحق الواقف.

واما كون العين مورداً لحق الله سبحانه فتقريبه ان الوقف صدقة في سبيله تعالى وهي له - وبهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس (وفيه) ان غاية ماهناك تقرب الواقف بالعمل - واعطائه تعالى الثواب جزاء للصدقة الجارية وهما متحققان في جميع العبادات ولايوجبان صيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

واما كون العين مورداً لحق البطون اللا حقة - فتقريبه ان الواقف جعل الوقف ملكا لهم بعد وجودهم فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين وهو يمنع عن البيع (وفيه) ان مايثبت للبطون اللاحقة لامحالة يكون بأنشاء الواقف - ومن الواضح انه انما انشأ الملكية خاصة فليس هناك امر آخر اعتباري يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع واما الملكية فحيث انها تثبت لهم بعد وجودهم فقبله لايكون العين مورداً للملكية لهم فلامانع من البيع من هذه - الجهة - (نعم) يمكن ان يذكر وجه آخر للمنع - وهو ان البطن الموجود انما يملك - العين بالملكية المحدودة لا المرسلة فان تلك كانت للواقف وقد قسمها على البطون فكل بطن يملك العين في مدة محدودة - والبيع هو التمليك مرسلا مطلقا - فالمالك بالملكية المحدودة ليس له البيع.

(قوله قده ثم ان جواز البيع لاينافي بقاء الوقف الى ان يباع الخ) وقد وقع النزاع بين صاحب الجواهر ره وشيخه - وبين المصنف ره فقد ذهب الاولان الى ان الوقف يبطل بنفس جواز البيع وخالفهما المصنف ره وذهب الى بقائه مالم يتحقق البيع وبه يبطل (وقد يقال) انه لاثمرة لهذا النزاع فانه قبل طرو المسوغ لايجوز البيع وبعده يصح (ولكن) اذا طرء المسوغ ولم يبع ثم ارتفع السبب المجوز على القول بارتفاع صفة الوقفية لامورد لتوهم ارتفاع الجواز فان الوقف لايعود بارتفاعه - واما على القول ببقائها يمكن القول بارتفاع الجواز لدورانه مدار السبب المسوغ (اللهم) الا ان يقال ان دليل عدم جواز بيع الوقف حيث لاعموم ازماني له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه يكون المحكم بعد تلك استصحاب الجواز لا اطلاق دليل المنع فلا يكون هذه ثمرة - فتامل فان هذا لايتم على ماسلكناه من عدم جريان الاستصحاب في الاحكام - وكيف كان فقد عرفت ان مااختاره

صاحب الجواهر اقوى .

الوقف قديكون تمليكا وقديكون فكا

(قوله قده اذا عرفت ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع فاعلم ان لاصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة اقـوالا الخ)

لايخفى ان استفادة الاتفاق من الاصحاب ولو في مورد خاص مشكل لاختلاف كلماتهم فى اصل الخروج عن المنع وفى موارده و كلماتهم لاتخلو من الاشكال والتشويش وقد بذل جمع منهم المصنف ره جهدهم فى استقصائها شكر الله مساعيهم ولا يهمنا نقلها وتحقيق مايظهر منها - انما المهم بيان ما يستفاد من الادلة والكلام يقع تارة فى الوقف المؤبد واخرى فى المنقطع .

اما الاول ففى المتن ان الوقف على قسمين احدهما مايكون ملكا للموقوف عليهم والثانى مالايكون ملكا لاحد بل يكون فك ملك نظير التحرير الخ تنقيح القول فى المقام ان الكلام- يقع اولا فى انه هل يخرج الملك عن ملك الواقف ام لا - ثم فى انه على فرض الخروج هل يدخل فى ملك الموقوف عليه خاصا او عاما اولا ام يفصل بين العام والخاص .

اما الموضع الاول - فقد استدل لعدم الخروج الذى ذهب اليه ابو الصلاح- بقوله(١) (ص) حبس الاصل وسبل الثمرة - وبقول الفقهاء انه تحبيس الاصل و تسبيل الثمرة بتقريب ان الظاهر من الحبس ابقائه على حاله وملك مالكه (وفيه) ان الظاهر من الحبس بقرينة تسبيل المنفعة الحبس على الموقوف عليه كما ان التسبيل له لا الحبس على الواقف وقد استدل للخروج عن ملكه بوجوه بينة الفساد (والصحيح) ان يستدل له- بان - الملكية من الاعتبارات والاعتبار لابدو ان يكون بلحاظ الاثار فالاعتبار الذى لايترتب عليه اثر لغو لايصدر من العقلاء والشارع وحيث ان اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعا من التصرفات ورجوع منافعه الى الموقوف عليه لغو وبلا اثر فلايصدر من العقلاء

١- المستدرك باب ٢- من ابواب الوقوف والصدقات حديث-١

والشارع فلامحالة بالوقف يخرج عن ملكه (ويمكن) ان يستدل له بما اشتمل من النصوص (١) على كيفية الوقوف وصدقات المعصومين عليهم السلام- من قولهم - بتابتلا- اى منقطعا عن الواقف ومبانا عنه لان البت والبتل بمعنى القطع .

واما الموضع الثانى (فعن) الاكثر بل المشهور انتقاله الى الموقوف عليه (ونقل) الحلى عن بعضهم اختيار انتقاله الى الله تعالى وعن المبسوط نسبته الى قوم (وعن) الشهيد الثانى فى المسالك والعلامة فى القواعد التفصيل بين العام والخاص .

وقد استدل لصيرورته ملكا للموقوف عليه بوجوه (الاول) ان المتلف للعين الموقوفة يكون ضامنا للموقوف عليه فلولم يكن ملكا له لما كان وجه للضمان (وفيه) انه يكفى فى الحكم بالضمان اضافتها اليه ولو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها فيكون البدل كالمبدل موردا ومصرفا لانتفاعه به (الثانى) ان فائدة الملك وهى استحقاق النمائات والمنافع تكون له فيكشف ذلك عن ملك العين (وفيه) ان ملكية المنافع و النمائات ان لم يتعلق بها انشاء مستقل كانت تابعة لملكية العين واما اذا تعلق الانشاء بها مستقلا كما فى باب الاجارة فلا يكشف عن ملكية العين والمقام من هذا القبيل فان الوقف تسبيل المنافع بالاستقلال (الثالث) ان الوقف من اركانه الموقوف عليه اما خاصا او عاما ولو كان مجرد فك الملك لما احتاج اليه (وفيه) ان الاحتياج اليه انما هو من جهة كونه مالكا للمنافع او الانتفاع لا من حيث كونه فكا للملك (الرابع) ان الوقف لو كان فكا لاتمليكا لما احتاج الى القبول كالعتق مع انه يتوقف عليه (وفيه) ان الاحتياج الى القبول انما هو من جهة كون الموقوف موردا ومصرفا للنمائات والانتفاعات.

واستدل للقول بانتقاله الى الله تعالى بان الوقف ازالة الملك عن المالك على وجه القربة فيكون منتقلا الى الله تعالى - وهو كما ترى

واستدل للقول الثالث - فى الخاص بما تقدم وفى العام والجهات بتساوى نسبة كل واحد من المستحقين واستحالة ملك كل واحد او واحد معين او غير معين للاجماع و

---

١ - الوسائل باب ٦ و ١٠ - من ابواب الوقوف والصدقات

استحالة الترجيح ولا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر به - فيتعين ان يكون لله (وفيه اولا) انه لامانع من الالتزام بانه مال لامالك له (وثانيا) انه يمكن الالتزام بكون المالك هو الكلي كما في الخمس والزكاة.

والحق ان يقال ان الوقف على اقسام (احدها) مايملك الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة فيجوز له نقلها باجارتها ونحوها كالاوقاف الخاصة اومايشبهها من الاوقاف العامة كالبستان الموقوف على الطلاب (ثانيها) مايملك الموقوف عليه الانتفاع بها و لايملك المنفعة - كان ملك الانتفاع بانشاء الواقف كالمدارس والخانات - او بحكم من الشارع كالمسجد فانه لم يقصد به الا جعله مسجدا وقد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون ان يجعله الواقف وقفا على المصلين (ثالثها) مالا يترتب عليه ملك المنفعة ولا الانتفاع كما في المعلقات الموقوفة على الروضات والمشاهد المقدسة (اما) في الاخيرين فالاظهر عدم الملك فانه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عدم ملكية العين اذ لو كانت العين ملكا كانت المنفعة ايضا ملكا- (واما) في الاول - فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه - للتعبير عن ذلك في النصوص بالصدقة التي هي الاعطاء مجانا بقصد القربة - سيما وفي بعضها مثل ماتضمن(١) صدقة الكاظم (ع) نسبتها الى جميع حقه من الارض الموقوفة فانه لاينبغي التوقف في استفادة الملك من ذلك كما لايخفى

بيع الوقف مع عدم كونه ملكا

اذا عرفت ان للوقف قسمين (احدهما) مايكون ملكا للموقوف عليهم (وثانيهما) مالايكون ملكا لهم بل هو فك وتحرير - فاعلم - انه يقع الكلام في مقامين - الاول - في بيع مالايكون ملكا في الموارد التي لو كان ملكا كان يجوز بيعه التي سيأتي ذكرها في المقام الثاني - الثاني - في مايكون ملكا لهم .

اما المقام الاول - فقد قال المصنف ره - واما الثاني فالظاهر عدم الخلاف في

١- الوسائل - باب ١٠ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٥

عدم جواز بيعه لعدم الملك الخ الكلام في هذا المقام يقع في موارد - احدها - في حكم الاوقاف العامة غير المسجد كالخانات والمدارس ونحوهما - ثانيها - في حكم المسجد ثالثها - في اجزاء المسجد - رابعها - في ثوب الكعبة.

اما المورد الاول فان قلنا بانه يعتبر في البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع - لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك ولا اجارتها لعدم ملك المنفعة على الفرض (فما) عن بعضهم من جواز الاجارة حتى في مثل المسجد اذا خرب لا ينطبق على هذا المبنى - واما على المختار من عدم اعتبار ذلك وانه يكفي كونه مالكا للبيع و مسلطا على التمليك كما في بيع الكلي في الذمة و اجارة الحر نفسه - فلا اشكال في جواز البيع اذ كما يقال في الوقف الخاص - ان العين بشخصها محبوسة مادام الى ذلك سبيل والا فهي محبوسة بماليتها دون شخصها فيتبدل بعين اخرى تجعل مكانها - كذلك يقال في الوقف العام ان العين محبوسة بشخصها مادام يمكن الانتفاع بها والا فهي محبوسة بماليتها ومطلقة من جهة شخصيتها بلا تفاوت بينهما اصلا.

وبما ذكرناه يظهر حال الاجارة وانها تصح بل هي اولى بذلك من البيع فان فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية.

كما انه ظهر حكم حصير المسجد فانه كساير الاوقاف العامة ولا يتوقف جواز بيعه على كونه ملكا للمسلمين كما افاده المصنف ره.

كما انه ظهر حكم الاوقاف العامة التي ليست لاجل انتفاع المسلمين بل لغرض آخر كالتزيين - فانها وان لم تكن مملوكة لاحد لعدم الدليل الا انه يجوز بيعها في موارد جواز البيع لو كانت مملوكة .

واما المورد الثاني - فملخص القول فيه - ان للمسجد مع قطع النظر عن كونه من الاوقاف العامة ويجوز انتفاع المسلمين به في الصلاة وغيرها - حيثية اخرى وهي حيثية المسجدية واحكام خاصة من حرمة تنجيسه ووجوب ازالة النجاسة عنه و نحوهما وهذه الحيثية اي حيثية كون الارض بيت الله قائمة بشخص هذه الارض لا بمالها من -

المالية وهذه الحيثية تمنع عن بيعه ـ واما اجارته فبما انها لاتنافي هذه الحيثية ومن حيث انه وقف عام ايضا لامانع لفرض كون المورد من موارد الجواز فلامحذور فيها و بذلك ظهر تمامية ماافاده كاشف الغطاء ره

واما المورد الثالث فالظاهر ـ انحالها حال المسجد فانها من اجزائه و يجمعها والعرصة صيغة واحدة و بناء الأصحاب على ترتب احكام المسجد عليها من حرمة التنجيس ووجوب ازالة النجاسة وغيرهما مالم يصرح بعدم دخولها في المسجد ـ وعليه فلايجوز بيعها بوجه ـ فان امكن الانتفاع بها في ذلك المسجد ـ والاينتفع بها في مسجد آخر وان لم يمكن صرفت في ساير مصالح المسلمين (وما) عن كاشف الغطاء من ان لكل احد حيازتها وتملكها من جهة ان للموقوف عليهم الانتفاع بها ومنها التملك بالحيازة (ضعيف) لماعرفت من عدم قابلية المسجد لذلك (كما) ان ما عن جماعة من الفرق بين عرصة المسجد وبنيانه في غير محله .

واما المورد الرابع ـ فقددلت النصوص (١) على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعدسنة ولايهمنا البحث في تطبيقها على القواعد (وما افاده) المحقق الايرواني ره من ان عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعدمدة معينة ثم يصرف ثمنه في الخدمة فالعين باقيه على ملك مالكها وقداذن في التصرف كك (غير تام) فان لازمه عدم جواز البيع لورجع صاحبه عن اذنه اومات وانتقل الى وراثه و لم يرضوا به او كان فيهم صغير (و ما) افاده المحقق الاصفهاني ره من انه ليس حبسا مؤبدا مع وضوح ان المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كل عام بل لاقصد لمعطيه الاتزيين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت وسدنته او لعامة المسلمين اقرب الى الصواب .

(قوله قده و لواتلف شيئا من هذه الموقوفات اواجزائها متلف الخ)

قد استدل لعدم شمول على اليد(٢) له بوجوه (الاول) مافي المتن وهو ان مايطلب بقيمته

---

١ ـ الوسائل باب ٢٦ ـ من ابواب مقدمات الطواف كتاب الحج .

٢ ـ راجع ص ١٤١

يطلب بمنافعه والمفروض عدم المطالبة باجرة منافع هذه لو استوفاها ظالم (وفيه) ان هذه الملازمة لم يدل عليها دليل بل لا ملازمة فان المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونة مع ان العين التالفة تحت اليد مضمونة (الثانى) ما فى المتن ايضا - وهو ان الظاهر من التادية الايصال الى المالك فيختص باملاك الناس (وفيه) ان الظاهر منها التادية الى اهله كان هو مالكا له او مورد اللانتفاع به (الثالث) ان الضمان انما هو بمعنى اشتغال الذمة بالبدل فلابد وان يفرض شخص مالكا ليكون هو من له الذمة ومع عدمه لا معنى لاشتغال الذمة (وفيه اولا) معنى الضمان كون العين فى العهدة واثرها وجوب رد العين ومع تلفها رد بدلها و القائم مقامها ملكا او مورد اللانتفاع (وثانيا) انه لا مانع من اعتبار كون الكلى فى الذمة الذى هو مورد لملك الانتفاع فمعنى ضمانه للموقوف عليه اشتغال ذمته بكلى البدل الذى هو مورد لسلطنتهم على الانتفاع و التقوم بمن له الذمة يكفى فيه هذا المقدار فالاظهر هو الضمان بالاتلاف او التلف .

صور بيع الوقف - الصورة الاولى

(قوله قده فاعلم ان الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور الاولى ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به الخ) و قد استدل المصنف ره لجواز البيع فى هذه الصورة بطريقين (الاول) ان المقتضى موجود و المانع مفقود (الثانى) الاستدلال واقامة الدليل على الجواز .

اما الاول فبتقريب ان المقتضى للجواز وهو الملك موجود فيعمه المقتضى فى مقام الاثبات وهو ادلة نفوذ البيع والمانع مفقود - بالتفصيل الذى سيمر عليك - فلابد من البناء على الجواز (و اورد عليه) بان الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع الا ببطلان الوقفية وهو خلاف الفرض اذ المفروض جواز بيع الوقف وتبديله وسراية الوقفية الى بدله (ولكن) يدفعه ان المصنف ره لا يسلم المبنى - مع -

انه على هذا المبنى ايضا يمكن ان يقال بعدم المنافاة كما سيمر عليك .

ثم انه ذكر فى وجه عدم جريان ادلة المنع - ان ادلة المنع ثلاثة - الاجماع - وقوله (ع) (١) لايجوز شراء الوقف - وقوله (ع) (٢) الوقوف على حسب مايقفها اهلها انشاء الله - وشيء منها لايجرى فى المقام- اما الاجماع فواضح - و اما الثانى - فلانصرافه الى غير هذه الحالة- واما الثالث - فلانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى انشاء الوقف وليس عدم البيع منها - مع انه لو سلم اخذ ابقاء العين فى الوقف فحيث ان الوقف تحبيس العين وتسبيل الثمرة - فهو يختص بصورة امكان الانتفاع فكما انه فى اول الامر مع عدم وجود الثمرة لايتحقق الوقف كك يتوقف بقائه على استدامة ذلك فبنفاد الثمرة يبطل الوقف .

اقول يرد على ماذكره من الانصراف - ان الانصراف الناشى عن قلة وجود الفرد لا يصلح لتقييد الاطلاق - مع - ان كل عين موقوفة مآلها الى الخراب بحسب العادة فليست حالة الخراب قليلة بالاضافة الى حالة العمارة - واما الايراد عليه - بان مورده الارض الخربة لقوله فلما عمرتها الخ فكيف يدعى الانصراف - فيمكن الجواب عنه بان المدار على عدم امكان الانتفاع لا على صدق الخراب و ارض الزراعة انما لايمكن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها ونحوه لا بعدم كونها مشغولة بالزراعة (ويرد) على الوجه الاول الذى ذكره فى قوله (ع) الوقوف على حسب الخ ان هذا ينافى استدلاله قده بهذا الخبر على عدم جواز البيع - مضافا الى فساد ذلك لما عرفت من ان عدم جواز البيع ليس حكما شرعيا محضا مترتبا على الوقف بل عدم البيع ماخوذ فى حقيقته - ويرد على الوجه الثانى - ان الوقف عبارة عن تحبيس العين دائما وتسبيل مالها من المنفعة كائنة ماكانت - لاتسبيلها دائما .

ثم انه قد يقال فى وجه عدم مانعية الوقف عن البيع كما عن المحقق النائينى ره

---

١ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١

٢- الوسائل - باب ٢ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٢

بان قوام الوقف بامرين بقاء العين الموقوفة وكونها ذات منفعة لانه عبارة عن حبس العين و تسبيل الثمرة و اذا خرب الوقف بنحو لاينتفع به لا محالة يتبدل الصورة النوعية للعين الموقوفة الى صورة نوعية اخرى عرفا ـ مثلا ـ النخلة الموقوفة اذا قلعت تعد عرفا مباينة للنخلة ـ وبالتبدل اى تبدل الصورة النوعية التى تعلق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع ـ وبعبارة اخرى ـ الوقف متعلق بعناوين خاصة كعنوان الشجر والحمام والبستان وامثال ذلك ومع الخراب لاتبقى هذه العناوين ولاتصدق اساميها والوقف يدور مدار صدق الاسم (وفيه) ان الوقف كساير المعاملات من البيع والهبة فكما انه يتعلق بالعناوين الخاصة كك المعاملات تتعلق بها فكما ان تبدل الصورة النوعية لايوجب زوال الملكية كك لايوجب تبدل الوقف الذى هو تمليك خاص (وبالجملة) تبدل الصورة النوعية لايؤثر فى الملكية فلاوجه لبطلان الوقف من هذه الجهة وان شئت قلت ان الوقف يتعلق بالموجود الخارجى بماله من الحالات ولذا لو تبدلت صورته النوعية الى صورة نوعية اخرى ينتفع بها لااشكال فى عدم جواز بيع الوقف (مع) ان لازم هذا الوجه والوجه الثانى الذى افاده المصنف ره هو بطلان الوقف و عود العين الموقوفة الى الواقف اوورثته ـ اوبقائها ملكا طلقا للموقوف عليه الموجود او كونها من المباحات الاصلية التى تملك بالحيازة ـ لاجواز بيع الوقف و سراية الوقفية الى بدلها وعوضها .

فالصحيح فى وجه عدم المنع ـ ان يقال ـ ان حقيقة الوقف لما كانت تحبيس العين وتسبيل المنفعة ـ كان الواقف بحسب ارتكازه حين مايوقف مالاينتفع به بشخصه الى الابد قاصدا لان تكون العين الموقوفة محبوسة بشخصها مادام الى الانتفاع بها سبيل ـ وبمالها من المالية اذا لم يمكن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها ـ وعليه فاذا سقطت العين الموقوفة عن قابلية الانتفاع كان لازم الوقوف على حسب مايوقفها تبديلها بمايماثلها فى المالية لان ذلك فى نظر العقلاء من انحاء حفظ المال بماهو مال (وبالجملة) تسليط الموقوف عليهم على الانتفاع الى الابد يوجب التوسعة فى الموقوف وحبسه انما يكون بماذكرناه

فالتبديل ليس ازالة للحبس بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء الذى هو غرض الواقف المعاملى ـ فتدبر فيما ذكرناه فانه دقيق ـ وبهذا البيان يظهر الوجه فى دعوى انصراف لايجوز شراء الوقف عن مثل الفرض ـ فالاظهر جواز البيع فى هذه الصورة.

واما الطريق الثانى ـ فهو الذى ـ ذكره بقوله ـ **(والحاصل ان الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه الخ)** فانه ليس متحصلا لما افاده اولا ـ فان كلامه الى هنا كان مسوقا لبيان دفع موانع البيع وقصور ادلة المنع ـ و ما افاده من هنا مسوق لبيان اقامة الدليل على الجواز بل اللزوم ـ وكيف كان (فيرد) على ما افاده فى الشق الاول وهو ان تعطيله حتى يتلف مناف لحقوق الله تعالى و الواقف والموقوف عليه ـ امر ان (الاول) ما تقدم من انه لا اصل لهذه الحقوق وهى غير ثابتة وليس هناك الا التعبد بعدم البيع او اخذه فى مفهومه (الثانى) انه لو سلم هذه الحقوق فهى متعلقة بالعين الموقوفة وتتوقف على ثبوت المنفعة فيها والا فلا حق للموقوف عليه باعتبار الانتفاع دنيويا ولا للواقف اخرويا مترتبا على الدنيوى ـ ولا لله تعالى لعدم المصرف للملك ـ فلا حق كى يجب تبديل العين رعاية لذلك الحق ـ اللهم الا ان تكون الحقوق قائمة بالاعم من العين والمالية لكن ذلك اول البحث (واما) مسألة كون الابقاء تضييعا فيرده ان كون مثل هذا التضييع حراما غير مسلم ـ مع انه لو سلم فلا اشكال فى ان حرمة التضييع مقيدة بما اذا لم يكن ذلك بتجويز من الشارع فمع فرض عموم دليل المنع عن بيع الوقف يكون هذا التضييع بحكم الشارع نظير اتلاف آلات اللهو فلا وجه لحرمته (ويرد) على ما افاده فى الشق الثانى ـ مضافا الى ما مر ـ ان جواز الاتلاف لايستلزم جواز البيع فان جواز الاتلاف يكفى فيه الملكيه الفعلية وجواز البيع لايكفى فيه ذلك بل يتوقف على كونها ملكية مرسلة غير محدودة وسياتى ان ملكية البطن الموجود ليست كك .

(قوله قده مضافا الى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف الخ) ان اراد بذلك انه من قبيل القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلى ـ فيرد عليه ان انتفاع البطون بالعين مع لزوم ابقائها والمنع عن نقلها من قبيل اللازم و الملزوم او

المتلازمين لامن قبيل الكلي والفرد وارتفاع الملزوم او الملازم لايقتضى ارتفاع اللازم او الملازم الاخر لامكان قيامه بملزوم آخر ـ و ان اراد به ارتفاع الموضوع ـ فيرد عليه ان العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التى لاينتفع بها والانتفاع من الحيثيات التعليلية لاالتقييدية ـ فالصحيح فى وجه المنع من الاستصحاب الوجه الاول بضميمة ما ذكرناه فى محله من عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام .

(قوله قده نعم يمكن ان يقال اذا كان الوقف الخ) وفيه ماتقدم من ان تسبيل المنفعة موسع لدائرة الحبس ويوجب كون الحبس متعلقا بالعين بمالها من الخصوصية الشخصية مادام الى الانتفاع بها كك سبيل ـ وبها بعنوان انها مال اذا لم يمكن ذلك فراجع .

حكم الثمن على تقدير البيع

(قوله قده ومما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لايخص به البطن الموجود . لاقتضاء البدلية ذلك الخ) اقول ان كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من انه ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بماهو مال ـ او من جهة ماذكره اخيرا و هى رعاية الحقوق ـ فلا اشكال فى عدم الاختصاص كما لايخفى ـ وان كان من جهة ما ذكره اولا من ثبوت المقتضى وعدم المانع فللكلام فى الاختصاص وعدمه وجه وقد استدل للمصنف ره لعدم الاختصاص بوجهين .

الاول ان البدلية تقتضى ذلك لان المبيع ملك للموجودين بالفعل وملك للمعدومين بالقوة وشانا بمقتضى تمليك الواقف ـ فكك الثمن (ودعوي) انه لا تحقق للملك الشأني ـ يكذبها انشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود ـ وعليه ـ فحيث ان المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلابد وان يدخل العوض فى ملك الجميع (وفيه) ان الملكية امر اعتبارى وهى اما متحققة اولا ـ وليست الملكية الشانية سنخا من الملكية الاعتبارية بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لان يصير ملكا ـ وانشاء الواقف انما يكون سببا لحصول الملكية للطبقة اللاحقه حين وجودها بلاحالة منتظرة كما فى الوجوب معلقا على امر متاخر ـ فكون الانشاء موجود الايلازم كون المنشأ كك (و بالجملة) المتحقق بالنسبة الى البطن

اللاحق ليس الا القابلية لا الملكية الا عتباريــة و عليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضى الاشتراك و مجرد القابلية لايكون من الحقوق التى تكون متعلقة بالمبيع ليسرى الى بدله بالبيع .

الثانى ان ملكية كل بطن للعين الموقوفة ليست ملكية مرسلة غير محدودة بزمان اوزمانى بل هى بحسب انشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن و حياته وبعبارة اخرى الواقف انما انشأ ملكية كل طبقة بانبساط ماله من الملكية المرسلة على جميع الطبقات فلكل طبقة ملكية محدودة بحياتها (وعليه) فاذا اعطى البطن الموجود ماله من الملكية لم يكن ذلك بيعا ـ مع ـ ان لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق فلا يملكه المشترى ملكا مستمرا وان اعطى الملكية المرسلة المنبسطة فبالنسبة الى مقدار ملكية البطون اللاحقة امابالولاية اوباذن المتولى او اذن الحاكم الشرعى فلامحالة يدخل الثمن فى ملك الجميع على النحو الذى كان المثمن ملكا لهم .

(قوله قده حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متاخرا الخ) ديـة العبـد المقتول ان جعل بعنوان البدلية لم يعقل الفرق بينها وبين المقام فان جاعل البدل كان هو الله تعالى او العبد لايصلح فارقا ـ وان كان لا بعنوان البدلية بل بالتعبد المحض كان الفرق واضحا ـ و به يظهر ان مجرد كون البدلية شرعية لايوجب الاولوية كما ان تاخر صيرورته بدلا لايصلح لذلك .

(قوله لان حق الرهنية متعلق بالعين الخ) محصله ـ ان حق الرهنية متعلق بما هو ملك للراهن ومتفرع عليه فلامحالة يزول بزوال الملك وحدوثه بحدوث ملك البدل يحتاج الى دليل ـ وهذا بخلاف ملك الطبقات اللاحقة فانه لايكون متفرعا على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله بل يكون ملك الجميع فى عرض واحد فى مقام الانشاء فاذا زالت جميعها بالبيع كان بدلها للجميع .

حكم بدل العين الموقوفة

فروع الاول **قال قده ومن هنا ظهر عدم الحاجة الى صيغة الوقف فى البدل الخ)** وقد يقال ان الوقف اذا كان عين تمليك الطبقات على التدريج وكان عدم جواز البيع من آثار هذا التمليك الخاص فيتحقق الوقفية بمجرد المبادلة بلا احتياج الى اجراء صيغة الوقف واما ان كان الوقف هو حبس العين فما يحصل بالبيع هو تمليك الطبقات تدريجا من دون حصول عنوان الحبس فلابد من انشائه بالصيغة ـ ولكن هذا لو تم فانما هو بناءاً على كون دليل الجواز هو وجود المقتضى وعدم المانع ـ واما بناءاً على مااخترناه فى وجه الجواز من كونه ابقاءاً للوقف وحفظا للموقوف بما هو مال ـ فعدم الاحتياج الى اجراء الصيغة واضح .

الثانى **(قال قده وليس مثل الاصل ممنوعا عن بيعه الخ)** و الوجه فى ذلك ماتقدم من ان الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع و حدوث الخراب فما بقى على الوقفية هو المالية ـ و خصوصية الثمن لا تكون وقفا كما كانت كك فى المثمن حسب انشاء الواقف فيجوز تبديله و بيعه مالم يضر بالمالية .

الثالث **(قال قده ومما ذكرنا ايضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف الخ)** وقد استدل لوجوب شراء المماثل ـ بوجوه (الاول) ان المثل اقرب الى مقصود الواقف (وفيه اولا) ان غرض الواقف لاضابط لـه (و ثانيا) انه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف مالم يكن ذلك غرضا عقديا ومصبا للعقد (الثانى) انه لااطلاق للادلة المجوزة والمتيقن منها هو البيع بالمماثل او الشراء بالمماثل (وفيه) ان مدرك الجواز لم يكن دليل خاص كى يجرى فيه ذلك بل كان عدم شمول دليل المنع ـ فلا وجه لهذه الدعوى (الثالث) وهو الصحيح ـ ومحصله ـ ان الواقف حين ماوقف العين التى لها مالية ـ وخصوصيات نوعية ـ وخصوصيات شخصية ـ قد حبس الجميع مادام

الى الانتفاع بها سبيل ـ والا فالجهتان الاوليتان محبوستان ـ وعليه ـ فلابد من رعاية الخصوصيات النوعية ـ اللهم الا ان يقال ان المعلوم من حال الواقف لحاظ مالية العين والخصوصيات الشخصية ـ اما لحاظ الخصوصيات النوعية وتعلق انشاء الوقف بها فغير معلوم و الاصل عدمه ـ والاحوط الاول ـ وعلى اى تقدير ـ يجوز بيعه بالنقود وشراء المماثل او غيره بها وقد فرضه المصنف ره فى المقام والوجه فيه تعارف البيع بالنقود وتعسر بيعه بالمماثل (**قوله قده ولايخفى عليك مواقع الرد والقبول فى كلامه الخ**) موقع القبول حكمه بالبيع وشراء عين اخرى مكانه ـ موقع الرد حكمه بوجوب شراء المماثل ـ كما تقدم ـ وحكمه بصرف الموقوف عليهم للثمن مع تعذر شراء عين اخرى ـ فانه يجب التأمين والصبر الى ان يتيسر الشراء كما سيجىء .

من له ولاية البيع

الرابع (**قال قده ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم الخ**) هذا هو احد الاقوال ـ وتبعه فى اختياره جماعة ـ وفى المقام قولان آخران (احدهما) ان يكون ذلك الى الناظر ان كان (ثانيهما) عدم الاحتياج الى الضميمة (واستدل) للاخير بان الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون فلايحتاج بيعهم الى ضم شخص آخر (وفيه) ان ملكيتهم محدودة واعطاء الملكية المرسلة اعطاء لما ليس لهم (واستدل) للقول الاول ـ بان الحاكم ولى المعدومين اما من باب كون الحاكم ولى القاصر ـ اولكونه ولى الممتنع الشامل للممتنع عن اختيار او اضطرار ـ وبان ذلك احد الامور الحسبية (وفيهما نظر) اما الاول ـ فلان المعدوم فى المقام لايكون من القاصر ولا الممتنع لان السالبة هنا بانتفاء الموضوع واما الثانى فلتوقفه على لزوم البيع وعدم ثبوت هذا الحق للناظر ـ والاول غير ثابت والثانى فاسد كما ستعرف ـ فالاظهر هو القول الثانى ـ اذلاوجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوى ما افاده المصنف ره (وحاصله) ان الناظر له التصرف فى نفس العين ـ ولادليل على نظارته على البدل ـ ولكن يدفعه ان بيع الوقف يكون حفظا للوقف بعنوان انه مال

فيكون ذلك من اهم الامور الملحوظة للواقف - فالاظهر كون ذلك الى الناظر لو كان - نعم - مع عدمه تصل النوبة الى الحاكم الشرعى.

الخامس اذا بيع العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالنقدين ولم يمكن شراء ماينتفع به - فهل يدفع الثمن الى البطن الموجود لابان يكون له خاصة فانه لايجوز قطعا بعد اشتراك جميع الطبقات فيه - بل ليكون تحت يده حتى يوجد ماينتفع به - ام يوضع عندامين - ام عند الناظر لو كان - وجوه (قد استدل) لعدم جواز الدفع الى الموجود بانه مال مشترك بينه وبين ساير البطون فلايجوز جعله تحت سلطنته وانما كان يدفع العين اليه لسلطنته على الانتفاع بها فعلا بلامزاحم وكك بدلها الذى ينتفع به - و اما البدل الذى لاينتفع به فلاسلطنه له على الانتفاع به كى يكون له السلطنته على البدل فيدفع اليه لذلك (وفيه) ان الثمن وان كان لاينتفع به الا انه ملك للبطن الموجود وليس كالملك المشترك عرضا بل الاشتراك طولى فهو فى هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصة ولازم ذلك سلطنته على امساكه - ولو تنزلنا عن ذلك فالمتعين دفعه الى الناظر لانه المنصوب لذلك والا فيوضع عندامين.

ثم انه اذا لم يمكن شراء شىء ينتفع به بدون الخيار و امكن شراء ما ينتفع به مع الخيار هل يجوز ذلك ام لا (ربما يقال) بالثانى نظراً الى ان البدل وقف والوقف عبارة عن تحبيس العين وهذا ينافى مع الخيار اذ الحبس الى ان يفسخ حبس موقت لادائمى (ولكن يدفعه) ان وقف البدل كما تقدم غير وقف الاصل فان وقف البدل انما هو حبسه بما انه مال ولادخل لخصوصياته الشخصية فى الوقف ولذا بنينا على جواز التبديل اختياراً والخيار لاينافى حبسه بما هو مال اذ غايته الفسخ والتبديل بعين اخرى وعليه فيجوز ذلك ولو طلب البطن الموجود ذلك وجب حفظا لحق الانتفاع به.

ثم انه اذا رضى البطن الموجود فى الاتجار وكان ذلك صلاحا لجميع البطون جاز الاتجار به ويكون الربح مشتركا بين البطون لان مجموع ما اشترى بالثمن و بيع بالثمن وقع بازاء ماهو بدل الوقف فلا محالة يشترك فيه الجميع وليس الربح من المنافع

كي يختص به البطن الموجود بل هو زيادة حصلت بالتجارة ووقعت بازاء المالية التى كانت وقفا فالى اى مرتبة وصلت المالية تكون باقية على الوقفية.

السادس **(قال قده ثم لافرق فى جميع ماذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف ـ ولو كان صرف ثمنه فى باقيه الخ)** لااشكال فى عدم الفرق فى جواز البيع بين خراب الكل اوالبعض ـ كما لاينبغى الاشكال فى جواز صرف الثمن فى الباقى ـ اووقف آخر عليهم ـ انما الكلام فيما اذا كان انتفاع البطون اللاحقة بالباقى محتاجا الى ذلك ولم يرض البطن الموجود به هل يجوز الصرف ام لا ـ و قد يقال بالجواز نظرا الى تعارض الضررين ـ ولكن الحق عدم الجواز لان الضرر فى نفسه متوجه الى البطون اللاحقة ولايجب على البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم (فالاظهر) عدم الجواز ـ نعم ـ لوقامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعين.

الصورة الثانية

(قوله قده الصورة الثانية ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدبه بحيث يصدق عرفا الخ) الكلام فى هذه الصورة اى ماذكره المصنف ره فى المقام يقع فى موارد (الاول) ما اذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفا و كان ماله من المنفعة قليلة جدا بحيث تلحق بالمعدوم (الثانى) ما اذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتدبها ولم تكن المنفعة بالغة هذه المرتبة من القلة (الثالث) فى وقف العنوان .

اما المورد الاول فالظاهر جواز البيع لجريان جميع ماذكر فى الصورة الاولى من انصراف ادلة المنع وغيره من الوجوه فى هذا المورد لاسيما ماذكرناه من ان البيع ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بماهو مال .

واما المورد الثانى فقد يستظهر من القائلين بالجواز فى الصورة الاولى الجواز فى هذا المورد بحمل قولهم لايجدى نفعا على ارادة عدم النفع المعتدبه ـ كما انه قد

يستظهر المنع بحمله على ارادة عدم النفع بالمرة ـ وكيف كان فالمتبع هو الدليل ـ و غاية ماقيل فى وجه الجواز ماافاده المحقق الاصفهانى ره (وحاصله) ان غرض الواقف من الوقف امران ـ حفظ خصوصية العين الموقوفة ـ وحفظ خصوصية الانتفاع ـ وحيث ان الغاية المقصودة الانتفاع الخاص و حبس العين بماهى مقصود بالتبع و لا يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود بالاصالة ـ فلامحالة يقدم الاول فيجوز البيع واشتراء ماينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصة (وفيه) ان غرض الواقف العقدى انما هو تسبيل المنفعة لا مرتبة خاصة من الانتفاع فمع بقاء المنفعة و امكان الانتفاع لا وجه لجواز التبديل كمالايخفى فالاظهر عدم الجواز فى هذا المورد.

واما المورد الثالث فقد اختار صاحب الجواهر ره صحته و بطلان الوقف بانعدام العنوان ـ وخالفه المصنف ره (اقول) لا اشكال فى ان وقف العنوان من حيث هو لا يصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له ولا اظن ذهاب احد الى جوازه والظاهر ان نظر صاحب الجواهر ره الى انه يمكن وقف العين الخاصة مادامت معنونة بعنوان البستانية مثلا ـ والكلام فى ذلك تارة فى مقام الثبوت واخرى فى مقام الاثبات (اما) فى مقام الثبوت فلااري فيه محذورا فان الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان اوالزمانى بان يعتبر ملكية الشيء مادام معنونا بعنوان البستانية ويمكن تاييده بملكية الخل مادام خلا واذا انقلب خمرا خرجت عن الملكية ـ و بملكية الارض المحياة على القول بدوران الملكية مدار الحياة و كك الامر فى الحبس ملكا ـ ومقتضى عمومات الوقف والمعاملات صحة مثل هذا الوقف فيكون كالوقف المنقطع الاخر (ودعوى) انه يدل على بطلانه مادل على اعتبار التابيد فى الوقف (مندفعة) بانه لادليل عليه سوى الاجماع و هو مختص بالتابيد من حيث الزمان وتمام الكلام فى محله (واما) فى مقام الاثبات ـ فلايبعد ظهور جعل الوقف متعلقا بالعنوان فى كونه للاشارة الى المعنون وان تمام الموضوع هو المعنون ـ فلو قصد وقف العنوان بالنحو المعقول لابد من ذكره والتصريح به.

(**قوله قده ذكر بعض ان جواز بيع الوقف الخ**) هذا الكلام لاربط له بالمقام

مع انه قد تقدم الكلام فيه وانما ذكرمقدمة لذكروقف العنوان .

(قوله قده و ربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذ كروه في باب الوصية الخ) لايخفى انه في باب الوصية فرق الاصحاب فيما لو اوصى بدار فانهدمت - بين ما لو كان الانهدام قبل موت الموصي - وبين ما اذا كان بعدموته - وبنوا على بطلان الوصية في الاول دون الثاني - وقدايد صاحب الجواهر ره ماذكره في المقام بما ذكروه في الانهدام قبل الموت - وجه التاييد واضح حيث ان الوصية اذا لم تكن متعلقة بالعنوان و دائرة مداره لما كان وجه للبطلان والمصنف ره اوردعليه بالنقض بماذكروه في المسألة الثانية وتمام الكلام في محله .

(قوله قده من جهات اخر الخ) لم يذكروا وجها للبطلان فيما اذا كان الانهدام بغير اختيار سوى انعدام العنوان .

الصورة الثالثة

(قوله قده الصورة الثالثة ان يخرب بحيث تقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم الخ) اقول هناك صورتان (احداهما) ان تقل المنفعة التي لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتدبه منها كان الملحوظ جميع المنافع او نوع خاص منها (ثانيتهما) ان تزول المنفعة التي لاحظها الواقف بالمرة مع وجود غيرها - امافي الصورة الاولى - فلاينبغي التوقف في عدم الجواز لادلة المنع عن بيع الوقف - واما في الصورة الثانية - فالاظهر انه بناء على خروج العين عن الحبسية بانتفاء منفعته بالمرة - يخرج العين عنها في هذه الصورة اذ المنفعة المقصودة تكون منتفية بالمرة - و حيث ان المنفعة الاخرى ليست متعلقة للوقف وغرض الواقف فتخرج العين عن الوقفية بقول مطلق ويكون حكم هذا الوقف ح حكم الوقف المنقطع الاخر - و على ذلك فيمكن بناء نزاع الشيخ ره - والحلي قده - في مسألة النخلة المنقلعة - على ذلك ويكون نظر الشيخ ره في افتائه بالجواز الى الصورة الثانية - ونظر الحلي ره الى الصورة الاولى ويكون النزاع بينهما لفظيا

الصورة الرابعة

(قوله قده الصورة الرابعة ان يكون بيع الوقف انفع واعود للموقوف عليه الخ)

اقول لم ينقل القول بجواز البيع فى هذه الصورة عن احد سوى المفيد ولم يرض العلامة ره باسناده اليه وعليه فلا قائل به ـ وكيف كان فالعمدة فى المقام خبران .

احدهما خبر (١) جعفر بن حنان عن الصادق (ع) عن رجل وقف غلة له على قرابة من ابيه وقرابة من امه ـ الى ان قال ـ قلت فللورثة من قرابة الميت ان يبيعو الارض ان احتاجوا ولم يكفهم مايخرج من الغلة قال (ع) نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيرالهم باعوا ثانيها التوقيع (٢) الشريف كتب الحميرى الى صاحب الزمان (ع) روى عن الصادق (ع) خبر ماثور اذا كان الوقف على قوم باعيانهم واعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه وكان ذلك اصلح لهم ان يبيعوه فهل يجوز ان يشترى من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لايجوز الا ان يجتمعوا كلهم على ذلك وعن الوقف الذى لايجوز بيعه فاجاب عليه السلام بانه اذا كان الوقف على امام المسلمين فلايجوز بيعه واذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين .

اما الخبر الاول فاورد عليه بوجوه (الاول) ضعف السند ـ لجهالة جعفر (وفيه) ان من رجال السند الحسن بن محبوب الذى هو من اصحاب الاجماع (الثانى) انه جمع فيه بين الوقف والوصية ـ فان الوقف ان كان مقدما بطلت الوصية ـ وان كان الوصية مقدمة كان الوقف فسخالها ـ وان كانا متقارنين بانشاء واحد فمضافا الى عدم معقوليته لزم بطلان الوصية لتوقف نفوذها على الموت دون الوقف فيتم سبب الوقف فلايبقى موقع لنفوذ الوصية (وفيه) انه يمكن فرض صدور الوصية بعنوان الشرط على الموقوف عليهم فى ضمن عقد الوقف على ان يعطوا المقدار المعين للموصى له فاذا مات الموصى له عاد جميع المنافع الى الموقوف عليهم كما هو المفروض فى الخبر (الثالث) ما فى المتن وهو ـ انه يدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا لمجرد كون البيع انفع فالجواز

---

١ ـ ٢ ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٨ ـ ٩

مشروط بـالامرين (وفيه) انهذا الجواب يكفي الزاما للخصم ـ و الافيمكن الالتزام باعتبار الحاجة اى الحاجة الى نفع زايد ليفي بمؤونته وهذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوغات بنفسها (الرابع) ماذكره المصنف ره ايضا ـ وهو ان المراد بالخير يحتمل ان يكون هو الخير الذى بلحاظه يكون الفعل اختياريا وهو طلب خير الفعل لما فيه من الداعي الموافق لغرضه والجواز في هذا الفرض ممالم يقل به احد (وفيه) ان السائل سئل عن البيع الاختياري الموافق لغرضه وليس هذا امرا مبهما كي يحتاج الى تكراره في الجواب (الخامس) ماذكره المصنف ره ايضاً وهو انه يحتمل ارادة الخيرية بلحاظ مافرضه السائل من رفع الحاجة ـ وقد تقدم الكلام في ذلك (السادس) ماعن المختلف وجماعة وهو ظهوره في الوقف المنقطع ومحل الكلام الوقف المؤبد (وفيه) ان مقتضى اطلاقه على هذا هو جواز البيع في الطبقات المتوسطة قبل الانقراض ومن الواضح عدم الفرق بينه وبين المؤبد اذ الفرق انما يصلح في الطبقة الاخيرة اوبعد انقراضهم كمالايخفى (السابع) ما ذكره المصنف ره ايضاً ـ وهو ان ظاهره بيع الوقف وصرف ثمنه كيف شاء وهذا ايضاً مما لايمكن الالتزام به اذ كون المبدل مشتركا والبدل مختصاً غير معقول (و فيه) ان الظاهر منه كماتقدم بيع الوقف اذاكان الثمن ازيد نفعا فراجع (فالحق) في الجواب عنه هو اعراض الاصحاب وعدم افتائهم بمضمونه .

واما الخبر الثاني فالكلام فيه تارة في مارسله عن الصادق (ع) واخرى فيما اجاب (ع) به اخيرا (اما الاول) فهو يدل على جواز البيع اذاكان اصلح و هو المدعى و اورد عليه بجملة من الايرادات الواردة على الخبر الاول و قد تقدم مافيها (وقديقال) انه يقيد اطلاقه بمفهوم الخبر الاول من حيث التقييد بالحاجة فيكون اخص من المدعى (وفيه) مضافا الى ماتقدم ـ انه لامفهوم لكلام الامام (ع) كي يقيد به اطلاق هذا الخبر اذ الشرط انما ذكر في السؤال لا الجواب ـ فالحق في الجواب عنه انه معرض عنه عند الاصحاب (واما الثاني) فيرد عليه مضافا الى ذلك انه في مقام البيان من حيث الاجتماع والتفرق لافي مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كي يتمسك باطلاقه ـ وعن المحقق النائيني

الجواب عنه بوجه آخر -(وهو) انه يدل على جواز بيع الوقف مطلقا فالنسبة بينه و بين ادلة المنع هى التباين- واذا خصصت ادلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما الى عموم مطلق فيخصص اطلاقه بها(وفيه) انا لانقول بانقلاب النسبة فى شىء من الموارد فاذا كانت النسبة هى التباين تعين طرحه لوجوه لاتخفى.

الصورة الخامسة

(الصورة الخامسة ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة الخ)

ذهب جماعة الى جواز البيع فى هذه الصورة وعن الانتصار و الغنية دعوى الاجماع عليه - واستدل له (بالاجماع)(وبان) الضرورات تبيح المحظورات وبخبر (١) جعفر المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة بعد تقييد الحاجة بالشديدة للاجماع على عدم كفاية مادونها من المرتبة - وفى الكل نظر (اما) الاول فلان مصطلحهم فى الاجماع غير مصطلح المتاخرين فلا يركن اليه (واما الثانى) فلانه يوجب الضرورة رفع الحرمة لاالحكم الوضعى (واما الثالث) فلما مر من ان الظاهر منه الحاجة الى البيع للتبديل بماهو انفع من حيث وفاء النفع بمؤونته - لاالحاجة الى البيع لصرف الثمن فى رفع الحاجة التى هى محل الكلام (واجاب) المصنف ره عنه -بان ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الارض لمؤونة سنة الموقوف عليهم فى جواز البيع - وهذا اقل مراتب الفقر الشرعى -والنسبة بينه وبين الحاجة الشديدة هى العموم من وجه اذ قد يكون فقير الامؤونة له ولاحاجة شديدة الى البيع لتتميم مؤونته من مال الفقراء - وقد يكون له حاجة شديدة وله مؤونة سنة وقد يتفقان (ويمكن) دفعه بان الحاجة الى تتميم المؤونة بالبيع ان كانت مسوغة للبيع كانت الحاجة الشديدة اولى بذلك فتامل -و كيف كان فالاظهر المنع لعموم الادلة

١- الوسائل باب ٦ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٨

الصورة السادسة

(قوله قده الصورة السادسة ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة الخ)

فـي المسألة اقوال ـ نفوذ الشرط وجواز البيع ذهب اليه العلامة في محكـي الارشاد وتوقف فيه في محكـي القواعد ـ عدم نفوذ الشرط مع افساده لـلوقف وعدمه ذهب اليه جماعة ـ التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوغ له فيجوز وبين غيره فلا ذهب اليه في محكي جامع المقاصد ـ اقول الكلام في المقام يقع في موضعين ـ الاول ـ فيما تقتضيه القواعد ـ الثاني ـ فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الاول ـ فقد يقال بفساد الشرط لوجهين (الاول) انه مخالف لمقتضى العقد اما من جهة ان الوقف بمعنى الحبس والممنوعية من التصرفات فينافيه شرط البيع او من جهة ان الوقف للتابيد والوقف الى مدة باطل والتابيد مناف لجواز البيع (الثاني) انه مخالف للسنة لما دل من النصوص (١) على عدم جواز بيع الوقف.

والحق انه ان كان الشرط بيعه عند تحقق شيء من المسوغات ـ فلا اشكـال فيه اصلا اذ الجواز حاصل والشرط مؤكد له. وان كان بيعه لا عند تحقق شيء من المسوغات فاما ان يكون الشرط مطلقا ـ واما ان يكون معلقا على تقدير خاص وعلى التقديرين ـ اما ان يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا ـ واما ان يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفا فان كان الشرط مطلقا مع عدم كون الثمن وقفا ـ لا ينبغي التوقف في فساد الشرط لكونه منافيا لمقتضى العقد بناء على ما عرفت من اخذ عدم البيع في مفهومه ـ ومخالفـا للسنة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة ـ وان كان مطلقا مع كون العوض وقفـا ـ فالاظهر صحته لاول ذلك الى وقف الشيء بما انه مال اي يكـون الوقف الجامع بين المال وبدله فيكون الشرط منافيا لمقتضى اطلاق الوقف لا اصله ـ وان كان معلقا ـ فان كان الشرط بيعه و جعل ثمنه وقفا صح ـ فانه يؤول الى وقف العين بما انها مال

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ ـ ٤ وباب ١٧ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه

مع خصوصية الى زمان حصول ذلك التقدير وبعده تكون وقفا بما انها مال - فهذا ايضا مناف لمقتضى اطلاق العقد لا اصله وادلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كي يكون الشرط منافيا للسنة - وان كان معلقا وكان الشرط بيعه و صرف ثمنه اى عدم كونه وقفا - فان قلنا بان عدم البيع ماخوذ فى حقيقة الوقف - صح ذلك فانه يرجع الى انه وقف مالم يتحقق التقدير الخاص الذى علق عليه جواز البيع و اذا تحقق فلا وقف ومقتضى اطلاق ادلة الوقف ونفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف (ودعوى) انه مناف للتابيد المعتبر فى الوقف (مندفعة) بعدم الدليل على اعتباره وانه يصح الوقف مع عدمه لاسيما اذا كان مرددا بين الانقطاع وعدمه- وان قلنا بانه من احكامه لامن مقوماته- فالاظهر عدم الصحة الامع انشاء الوقف الى زمان حصول ذلك التقدير فان عدم جواز بيع الوقف ولزومه ليس من الحقوق بل من الاحكام فالشرط مناف للسنة - وبما ذكرناه يظهر مافى كلمات المصنف ره.

و اما الثانى اى مايقتضيه النص الخاص - وهو الصحيح (١) الحاكى لوقف امير المؤمنين عليه السلام ماله بينبع فان اراد- يعنى الحسن (ع)- ان يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليفعل انشاء لاحرج عليه فيه وان شاء جعله سرى الملك وان ولد على واموالهم الى الحسن بن على (ع) وان كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبداله ان يبيعها فليبعها ان شاء لاحرج عليه فيه وان باع فانه يقسمها الحديث - وهذا ايضا يدل على الجواز (ومورد) الاستدلال بقوله عليه السلام فان اراد ان يبيع نصيبا من المال الخ - واورد عليه بايرادات (الاول) انه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة فيخرج عن محل الكلام (وفيه) انه ظاهر فى كونه فى مقام اعطاء السلطنة للموقوف عليه فى ضمن الوقف على البيع وهذا هو الاشتراط (الثانى) انه محمول على الوصية نظراً الى مافى صدره من قوله (ع) هذا ما اوصى به وقضى فى ماله عبدالله على - وقوله فى آخره ولايحل الى قوله ان يغير شيئا مما اوصيت به (وفيه) انه ينافيه قوله (ع) الذى كتبت من

١- الوسائل - باب ١٠ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٤

اموالي هذه صدقة واجبة بتلة حيا انا اوميتا ولاتكون الوصيةبتلة و اجبة في حياتهبل الوقف كك واطلاق الوصيةعلى جميع مايدبره الانسان منشئون مالهبنحو الايصاء بهلمن يقوم بعده بالامر شايع ـ واختصاص الوصية بالمعهودة انماهوفي لسان الفقهاء خاصة (الثالث) انهقابل للحمل على ارادة قضاءالدين من حاصل الوقف (وفيه) انـه مناف لقوله ان يبيع ـ ولقوله جعلهسرى الملك اى ملكا نفيسا لنفسه (الرابع) انمورده الوقف العام ولااشكال في عدم جواز البيع فيه ـ وقدتقدم الجواب عنهوانهلافرق بين الوقف العام والخاص ـ فالانصاف ان الخبر لااشكالفيه دلالة كمالااشكال فيه سنداً فيدل على جواز البيع مع الشرط وقدعرفت انهمقتضى القاعدة .

ثم انه قديستدل للجواز بفقرة اخرى من الرواية وهي قوله (ع) فبداله ان يبيعها فليبعها انشاءلاحرج عليه ـ ولكن يمكن الايراد عليه بعدم ثبوت كون مـورده وقفا ـ وذلك لوجهين (الاول) قولهوان كاندار الحسن بن على غيردار الصدقةاى غير الصدقات العامة ـ وهذا كمايمكن حمله على مااذاكانت من الاوقاف الخاصةعلى الذرية يمكن حمله على دار الصدقة التي فوض امرها اليه وجعل لهسكناها مادامت الحاجة و بعده بعنوان الوصيةيفعل ماامره به. اللهم الاان يقال ان المراد بهذهالجملة ـ انهان كاندار الحسن (ع) التي هي مسكنهغيردار الصدقةو لم يكن لهحاجة الى دار الصدقةورای المصلحةفي بيعها فليبعها ان شاء و يصرف ثمنها في المصارف المذكورة (الثاني) ان تلك الدار لم تكن داخلة فيما وقفه في اول هذا الخبر فان الموقوف هو مالهبينبع ومـا حـولها و بوادي القرى وبديمة وباذنية و كل تلكم ليست الاالمزارع وليستالدار داخلة فيها ـ ولكن في الجملة الاولى كفاية

الصورة السابعة

(قوله قده الصورة السابعة ان يؤدى بقائه الى خرابه علما اوظنا الخ)

وقدذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقا- والمفيد والديلمي والفاضلان في اكثر كتبهما والشهيدان في غير الدروس والمحقق الكركي وغيرهم الى المنع (وعن) الشيخ في النهاية وابن سعيد في كتابيه والطوسي والعلوي و العلامة في بيع التحرير و الشهيد في الدروس وغيرهم اختيار الجواز-واختاره المصنف ره وقداستدل للجواز بوجوه.

الاول ماعن التنقيح - وهو - ان بقاء الوقف على حاله والحال هذه اضاعة واتلاف للمال وهو منهى عنه شرعا فيكون البيع جائزاً (وفيه) ماتقدم من ان التضييع المحرم هومالم يكن بامر من الشارع - وحيث ان ابقاء الوقف يكون بامر منه فلايشمله دليل حرمة التضييع.

الثاني ما عن المختلف والتذكرة والمهذب وغيرها - وهو- ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقدتعذرت فيجوز اخراجه عن حده تحصيلا للغرض منه والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض (وفيه) ان هذا لوتم فانما هو في آخر ازمنة بقائه الذى خرجت العين فيه عن حيز الانتفاع - واما قبله فالغرض من الوقف الاستيفاء من شخص العين وهو ممكن فلايجوز.

الثالث ما افاده المحقق النائيني ره - وهو انه اذا احتمل احتمالا عقلائيا تاديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه - جاز بيعه - لان حكم الاحتمال حكم الخراب ولكن من حيث كونه طريقا لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكانه صار خرابا فعلا (وفيه) ان هذا لوتم فانما هو في احتمال الخراب الفعلى لافي احتمال تاديته الى الخراب لان هذا الاحتمال ليس طريقا الى الخراب بالفعل كماهو واضح.

الرابع ماافاده المصنف ره - ومقصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع- وحاصله- ان المانع عن التمسك بها في الوقف امور (احدها) حق الواقف (ثانيها)

حق الموقوف عليه (ثالثها) الادلة المانعة عن بيع الوقف و شيء منها لايصلح للمنع في المقام (اما الاول) فلان غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين فائت لامحالة لاوله الى الخراب وغرضه المتعلق بالانتفاع به بماليته مال يتوقف على البيع فالبيع ليس منافيا لغرضه (واما الثاني) فلان المفروض ان انتفاع الموقوف عليهم لايفوت لانتفاعهم بالبدل ـ والانتفاع بشخص العين غير ممكن و اما حقهم فـي تصدى البيع فالمفروض انه يباع باذن البطن الموجود و اولياء البطون الـلاحقة (واما الثالث) فلانصراف الادلة عن صورة اول العين الى الخراب المخرج لها عن حد الانتفاع (وفيه) ان هذا يتم في صورة الخراب واماقبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن وحق الموقوف عليهم في الانتفاع به كك ـ والادلة غير منصرفة فالاظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسـك بالعمومات .

الخامس ماكتبه(ع) (١) في جواب ابن مهزيار ان كان قد علم الاختلاف مابين اصحاب الوقف ان بيع الوقف امثل فليبع فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس ـ بتقريب ان قوله(ع) فانه الخ تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف وان المراد من المال الوقف فان ضم النفوس انما هو لبيان الضرر الاخر المترتب على الاختلاف اذعلى ذلك يصير المتحصل من الرواية انه كلماكان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه(وفيه) ان كون المراد من المال العين الموقوفة مما لم يشهدبه شاهد ـ بل بقرينة ضم النفوس الى الاموال يصيرظاهرا في المال الاخر اذالاختلاف يوجب صرف المال في الغلبة على الخصم واداته الى المقاتلة الموجبة لاتلاف النفوس ـ وهذا بخلاف تلف الوقف الذي هواجنبي عن تلف النفس فتدبر ـ فالاظهر عدم جواز بيع الوقف ان خيف اوله الى الخراب لاسيما اذاكان الخراب المترقب بعد مدة طويلة ـ نعم ـ يجوز البيع في آخر ازمنة بقائه اذلامنفعة ح و الله العالم .

---

١ ـ الوسائل باب ٦ ـ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٦

الصورة الثامنة

(قوله قده الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لايؤمن معه تلف المال الخ) اقول ـ كلمات القوم فى هذه الصورة متشتة فلايصغى الى نقل شهرة فى الباب فالمهم صرف عنان الكلام الى الحجج والادلة.

وقد استدل للمنع فى المتن (بعموم) ادلة المنع (١) عن بيع الوقف (وبالاستصحاب) **(اقول)** ماذكر من عموم الادلة متين فى نفسه ـ واما الاستصحاب ـ فغاية مايمكن ان يقال فى تقريبه ـ ان عموم دليل نفوذ البيع خصص بمادل على عدم جواز بيع الوقف وهو وان اختص بماقبل وقوع الاختلاف المزبور ولم يكن له عمول شامل له ـ الا انه من جهة كون دليل نفوذ البيع و الوفاء با لعقد ممالا عموم از مانى له بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من افراد البيع والعقود مع الشك فى ان الخارج هو فى زمان اودائما يجرى الاستصحاب ولايكون مورد التمسك بالعموم (وفيه) مضافا الى عدم تمامية المبنى كما حققناه فى الاصول ـ انه لايكون منطبقا على المقام من جهة انه ليس هناك فرد واحد يكون خارجا عن تحت عموم دليل نفوذ البيع فى زمان ويشك بعده فى خروجه ـ بل البيع قبل عروض العارض المشكوك الحال فرد مقدر الوجود والبيع بعد العروض فرد مقدر آخر ـ وعليه فمع عدم شمول دليل المخصص يتعين الرجوع الى عموم دليل النفوذ للشك فى التخصيص الزايد بل لو لم يكن هناك عموم لما كان مورد لاجراء الاستصحاب فتدبر فانه دقيق .

واستدل للجواز بمكاتبة ابن مهزيار المتقدمة فى الصورة السابقة ـ واورد عليه المصنف (بان) قوله (ع) فانه ربما جاء فى الاختلاف الخ امّا ان يكون تعليلا لجواز البيع عند الاختلاف اويكون حكمة له ـ وعلى الاول يتعين البناء على جواز بيع الوقف اذا

١ـ الوسائل باب ٦ ـ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ ـ ٢ ـ وباب ١٧ من ابواب عقد البيع وشروطه.

لزم تلف المال والنفس ولولا لدخل فيه لان العلة كما تخصص تعمم - وعلى الثاني - يتعين البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقا - وشيء منهما لايمكن الالتزام به لعدم افتاء المشهور به (وفيه) انه يحمل على التعليل كما هو ظاهره - ولكن العلة هي لزوم تلف المال والنفس من ترك البيع وابقاء الوقف على حاله - فان الظاهر منها ان علية ماذكر من جهة ان الوقف صدقة جارية يتقرب بها الى الله تعالى وهذا لايلائم مع تلف المال والنفس ولامانع من الالتزام بالتعميم على هذا اى الالتزام بجواز البيع فى كل مورد لزم من بقائه تلف المال والتفس (ودعوى) انها معرض عنها ولم يعمل بها الاصحاب (قدتقدم) ما فيها فالمكاتبة تدل على الجواز فى هذه الصورة - هذا مع قطع النظر عن الاشكالات المشتركة بين جميع الصور التى سيتعرض لها المصنف ره وستعرف عدم ورود شيء منها (فالاظهر) هو جواز البيع فيها .

و ربما يستدل له بحديث (١) لاضرر الحاكم على الادلة الواقعية (وفيه) ان الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال والنفس وفى مثل ذلك لايوجب الحديث رفع التكليف الواقعى. وبه يظهر مافى الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس فيما اذا لزم من ترك البيع تلف النفس .

الصورة التاسعة

(قوله قده الصورة التاسعة ان يودى الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم الخ)

قد استدل للمنع عن البيع فى هذه الصورة - بعموم الادلة - والاستصحاب - وقد تقدم ان الاستدلال بالعموم متين ولكن الاستدلال بالاستصحاب فى غير محله - وقد استدل للجواز بوجهين (الاول) لاضرر وقد تقدم مافيه (الثانى) مكاتبة ابن مهزيار المتقدمة بدعوى انه يستفاد منها ان ذكر تلف النفس والمال انما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم والاحتياط سبيل النجاة .

---

١ - الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار .

الصورة العاشرة

(قوله قده الصورة العاشرة ان يلزم فساد يستباح منه الا نفس الخ)

وقد استدل للمنع ـ بما تقدم ـ وللجواز بما ذكرناه آنفا (وتقريب) الاستدلال بالمكاتبة ان ذكر تلف الاموال وضمه الى تلف النفوس انما هو من جهة التلازم الغالبي اذ خوف تلف الانفس يتبعه خوف تلف الاموال ـ لا لخصوصية فيه بل المدار على خوف تلف النفوس خاصة (واورد عليه) المصنف ره بما تقدم من ان مقتضى عموم العلة جواز البيع لدفع كل فتنة مؤدية الى ذلك ـ وقد عرفت الجواب عنه (فالحق) فى الايراد عليه ـ مضافا الى منع التلازم الغالبي ان حمل القيد على ذلك خلاف الظاهر فان الظاهر كون كل قيد ماخوذ فى لسان الدليل للاحتراز (مع) ان لازم التمسك بالمكاتبة البناء على كفاية خوف الاداء الى استباحة الانفس لا اعتبار الا ستباحة الواقعية .

ثم انه ربما اورد على الاستدلال بالمكاتبة فى هذه الصور بايرادات (الاول) اعراض الاصحاب عنها ـ وقد عرفت ان الاصحاب عملوا بها وانما الخلاف بينهم فى موضوع الجواز من جهة اختلافهم فى فهم المراد منها (الثانى) ان الظاهر من عدم ذكر الاعقاب فيه كون الوقف منقطعا لا مؤبدا الذى هو محل البحث (وفيه) ان عدم ذكر الاعقاب انما هو من جهة عدم الاحتياج اليه فلو لم ندع ان اطلاق الوقف ظاهر فى المؤبد ـ لا كلام فى ان مقتضى ترك الاستفصال البناء على عدم الفرق فى ذلك بين المؤبد و المنقطع (الثالث) ما عن الايضاح وهو ظهورها فى عدم اقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف ـ وعن المحدث المجلسى و البحرانى الجزم به واحتمله سيد العروة ـ فهى تدل على جواز البيع مالم يتحقق الوقف ـ و محل الكلام هو بيع الوقف (وفيه) اولا ـ ان الظاهر من الوقف والموقوف عليهم وغيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح وثانيا ـ انه لو تنزلنا عن ظهورها فى ذلك يكفى فى الحكم عدم الاستفصال بين تحقق الوقف والقبض وعدمه (الرابع) ان الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين مع انه مناف لحق

البطون ولقول المجوزين لانهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه (وفيه) اولا ـ ان عدم عمل الاصحاب بهذه الفقرة لايوجب سقوط ساير الفقرات عن الحجية ـ و ثانيا ـ ان الالتزام بذلك فى خصوص مورد الوقف الذى لايرتفع الاختلاف الابتقسيم الثمن من جهة انه جاء من جهة الاشتراك فى الوقف ـ لااري فيه محذورا ـ وثالثا ـ ان المحكى عن الاكثر العمل بها فتدبر (الخامس) انه لوجاز بيع الوقف فانما يجوز للموقوف عليهم لاللاجنبى والمكاتبة تدل على جوازه للاجنبى كما لايخفى (وفيه) انه يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه ناظرا ـ اوانه استاذن من الامام (ع) فى ذلك لكونه من الامور الحسبية.

(**قوله قده فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات و هو الاختلاف المؤدى الخ**) وفيه انه مستلزم للالتزام بخلاف الظاهر فى ثلاثة الفاظ ـ الاول ـ التصرف فى التلف بحمله على الخراب ـ الثانى ـ التصرف فى الاموال بحملها على ارادة خصوص الوقف ـ الثالث ـ التصرف فى الانفس بحملها على ارادة انفس الموقوف عليهم ـ و لا موجب لذلك ـ فالاولى فى بيان المراد منها ماذكرناه من ان مدلولها اناطة الجواز بالاختلاف الذى لا يؤمن معه من تلف الاموال و الانفس وهى الصورة الثامنة .

الوقف المنقطع

(**قوله قده واما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينقرض بناء على صحته الخ**) الكلام فى المقام يقع فى جهات (الاولى) فى صحة الوقف المنقطع ـ اقول ان الوقف المنقطع على قسمين (الاول) مايجعل وقفا موقتا كما لوقال وقفت هذا عشر سنين ـ وهذا لاخلاف بينهم فى بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد والمسالك بل عن الغنية والمختلف والسرائر والجواهر دعوى الاجماع عليه و كفى به مدركا (الثانى) مايجعل على من ينقرض غالبا والاظهر صحته وقفا كما هو المشهور بين الاصحاب لان الوقوف على حسب مايوقفها اهلها (ودعوى) اخذ التابيد فى مفهوم الوقف كما ترى لان حقيقة

الوقف حبس العين وتسبيل الثمرة كان ذلك دائميا ام موقتا ـ والاجماع علي اعتبار التابيد في الوقف وان كان لاينكر ـ الا ان مراد المجمعين عدم توقيته مدة لا كونه دائميا وبعبارة اخرى المراد به عدم الاقتران بمدة ـ واما ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينافي في الدوام .

و يشهد لصحته صحيح(١) الصفار كتبت الى ابي محمد (ع) اسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة واذا كان موقتا فهو صحيح ممضى قال قوم ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها ـ وقال آخرون ـ هذا موقت اذا ذكر انه لفلان وعقبه مابقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى ان يرث الله تعالى الارض ومن عليها ـ والذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف ولم يذكر احدا ـ فما الذى يصح من ذلك وما الذى يبطل ـ فوقع (ع) الوقوف بحسب مايوقفها اهلها ان شاء الله ـ فانه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه.

الجهة الثانية في انه بعد الانقراض يرجع الوقف الى الواقف وورثته او الى ورثة الموقوف عليه او يصرف في وجوه البر ـ وجوه (اقواها الاول) لان خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به انما يكون خروجا ماداميا اي مادام حياة الموقوف عليه فلا محالة يرجع الى مالكه بموته فانه لم يخرج عن ملكه الا الي اجل (و دعوى) ان مقتضى اطلاق ادلة الارث انتقاله الى ورثة الموقوف عليه (مندفعة) بانها انما تدل علي الارث فيما هو للميت لا ماليس له بعد موته ومقيد ملكيته بحياته فانه ليس مماتركه الميت وتمام الكلام في محله ـ هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف والا فهو ملك له من الاول وبموته ينتقل الى ورثته ولعل الاظهر ذلك لان ماذكرناه في وجه خروجه عن ملك الواقف في المؤبد ـ من ان اعتبار الملكية له لغو ـ ومن اطلاق الصدقة عليه لاسيما ما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة لايجرى في المقام ـ اما الاول فواضح ـ واما الثاني فلعدم اطلاقها مع هذا

---

١ ـ الوسائل باب ٧ ـ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٢

القيد على الوقف المنقطع .

الجهة الثالثة فی جواز بیعه وعدمه (اقول) ان قلنا بانتقال الوقف الى الموقوف عليه - لاينبغی التوقف فی عدم جواز بيعه لعموم (١) مادل على عدم جواز بيع الوقف الشامل للمؤبد والمنقطع - ومن الغريب - عدم ذكر المصنف ره هذه الجهة مع هذا البسط والاطناب - نعم - لو قلنا ببقائه على ملك الواقف لايبعد دعوى عدم شمول الادلة المانعة عن البيع له - اما دليل الوقوف فلظهوره فی ان المنع عن البيع الذی انشأه الواقف انما هو من خصوصيات انشائه ملكية الموقوف عليهم ای يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية عنهم - فلو لم يقع اصل الملك كيف يقع خصوصياته -- و اما غيره فللا نصراف الى مالو كان البيع منافيا للوقف (ثم انه) على القول بعدم شمول الادلة المانعة له يقع الكلام فيما تقتضيه القواعد - فاقول - ان بيع الواقف ح يتصور على وجوه .

احدها - ان يبيع العين الموقوفة من الاجنبی مع عدم انتقال منافعه اليه - وحيث ان المقتضی للصحة وهو الملك موجود فلابد من التكلم فی المانع - وهو ليس الجهل بمقدار المنفعة التی يستحقها الموقوف عليه للجهل بامد انقضائها فان الجهل بنفسه وان كان من الموانع لصحة البيع الا انه الجهل بالمبيع والمنافع ليست داخلة فيه وان اوجبت زيادة المالية - بل المانع هو الغرر - وقد وجهه المصنف ره بقوله (بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به) واورد عليه المحقق الاصفهانی ره بانه اذا كان المبيع معلوما ذاتا ووصفا وتسليما وكان المجهول وقت التسليم لايكون ذلك غررياـ وعلى فرض التنزل وتسليم صدقه عليه لادليل على مبطليته لان العمدة فی مانعيته الاجماع وهو غير ثابت فی المقام (وفيه) ان الجهل بوقت التسليم والجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر - اما الثانی - فلان الثمن انما يدفع بازاء العين بلحاظ المنافع فالجهل

---

١ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٣ - وباب ١٧ من ابواب عقد البيع وشروطه

بمقدارها موجب للغرر - واما الاول - فلانه كما يصدق الغرر مع الجهل باصل التسليم كك يصدق مع الجهل بوقته (و دعوى) ان عمدة دليل مانعية الغرر - الاجماع غير الشامل للمقام (مندفعة) بان عمدة دليله النبوى (١) المنجبر بالعمل الشامل للمقام - فالاظهر بحسب القاعدة البطلان واما مصحح (٢) الحسن بن نعيم الدال على جواز بيع المالك داره التى جعل سكناها لرجل ولعقبه من بعده - فهو يخصص دليل الغرر - وعليه - فان امكن الغاء الخصوصية يتعدى من مورده الى الوقف المنقطع ويحكم بجواز بيعه والافلا .

بقى الكلام فى اجازة الموقوف عليه وان رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته املا - والمقصود من ذلك ان يكون العين وجميع منافعه منتقلة الى المشترى فلا يلزم الغرر - والاظهر عدم كفايته - فان المنفعة لاتنتقل الى المشترى - لابلاعوض - ولامعه - الابالصلح - اما عدم انتقالها بلاعوض فلان الناقل اماهو الهبة - اوالاسقاط - اوالابراء ولامورد لشىء منها فى المقام اما الهبة فلاعتبار تعلقها بالعين - واما الاسقاط فلانه يتعلق بالحق والمنفعة ملك - واما الابراء فلانه يتعلق بالملك الذمى كالدين والمنفعة ملك خارجى - واما عدم انتقالها بالعوض - فلان ناقلها اما الاجارة اوالبيع على قول - و يعتبر فى كل منهما عدم الغرر - وفى المقام كل من المعاملتين اى المعاملة التى يوقعها الواقف اصالة والتى يوقعها عن الموقوف عليه غررية وان كان لاغرر بعد تمامية العقدين فيتعين ان يكون ذلك بعنوان الصلح ولابأس به الاانه يصح صلح الواقف ماله من العين المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة الى اجازة الموقوف عليه.

ثانيها - ان يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم - وقد افاد المحقق الاصفهانى ره انه لاينبغى النزاع فى صحتها بيعا حيث لاغرر ولاجهالة (وفيه) ان المشترى بعد البيع وان كان يعلم بماله من العين و المنافع الا ان الميزان فى الصحة والفساد كون البيع بنفسه غرريا

---

١ - الوسائل باب ٤٠ من ابواب اداب التجارة حديث ٣

٢ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام السكنى والحبيس حديث ٢

وعدمه وهذا البيع بنفسه غرري والعلم بعد تحققه بماله لايوجب عدم صدق الغرر - الاترى انه لوصالح احدالشريكين الذي له مقدار من العين غير المعين شخصا فباعه بعد ذلك الشريك الاخر حصته لااشكال في صدق الغرر وبطلان البيع مع ان المشتري بعد البيع يعلم بما انتقل اليه وان العين بتمامها له.

ثالثها - ماذا انتقلت منفعة العين الموقوفة الى غير الموقوف عليهم ثم بيع العين منه - فان حكم هذه الصورة حكم الصورة المتقدمة .

رابعها - ما اذا انتقلت المنفعة الى الواقف فباع العين لااشكال في الصحة لوجود المقتضي وعدم المانع - هذا كله بناء على بقائه على ملك الواقف و امالوقلنا بانتقاله الى الموقوف عليه - فلايجوز البيع لاللواقف ولاللموقوف عليه - و ذلك لوجهين: (الاول) الادلة المانعة عن بيع الوقف (الثاني) ان الواقف لايجوز له البيع لعدم الملك والموقوف عليه لايجوز له ذلك من جهة ان ملكيته محدودة ليست مرسلة فان باع و نقل الملكية المرسلة نقل ماليس له - وان نقل الملكية المحدودة بطل من جهة ان البيع هو نقل الملكية المرسلة - ولافرق فيماذكرناه بين عود الملك الى الواقف - او انتقاله الى ورثة الموقوف عليه اوصيرورته في سبيل الله تعالى قوله قده لانه حقيقة وقف مؤبد الخ.

وفيه ان صيرورة الوقف في سبيل الله ان كانت بانشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين وصرف منافعها في سبيل الله تعالى - وان كانت من جهة انقضاء امد ملك الموقوف عليه لامانع من صرفها بنفسها في سبيل الله تعالى.

بيع ام الولد

لايخفى انه لما لم يكن موضوع لهذه المسألة في زماننا ولااظن تحققه الى زمان ظهوره عجل الله تعالى فرجه - رأيت الاولى الاغماض عن هذه المسألة والاهتمام بالمسائل الاخر التي هي مورد الابتلاء

بيع العين المرهونة

(قوله قده ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا الخ)

فى المسألة اقوال (الاول) الصحة وعدم الوقوف على الاجازة اختاره بعض المحققين من المتأخرين (الثانى) الصحة مع الوقوف على الاجازة اوسقوط حقه باسقاطه اوبالفك ذهب اليه الشيخ وابن حمزة وجمهور المتاخرين عداشاذ منهم (الثالث) البطلان - و هو الظاهر من عباير جماعة من القدماء وغيرهم وصرح به صاحب المقابيس ره - والكلام يقع فى مقامين (الاول) فى انه هل يصح بيع الراهن مستقلا ام لا (الثانى) فى انه على فرض عدم الصحة كك هل يبطل رأسا - ام يمكن تصحيحه بالاجازة اوسقوط حق المرتهن بالاسقاط اوالفك.

اما المقام الاول فقد استدل لعدم الصحة - بالاجماع على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون - وبالمرسل(١) عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف فى الرهن المنجر ضعفه بالعمل - وبقاعدة(٢) السلطنة اذ البيع بنافى سلطنة المرتهن على حقه (وفى الكل نظر) اما الاول فلان هذا الاجماع ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم(ع) بل منشأه منافاة البيع لحق المرتهن - وبعبارة اخرى معقد الاجماع هو عدم استقلال المالك فى التصرفات المنافية لحق المرتهن ومن صرح بالبيع فانما هو من جهة انه رأى منافاته لحق المرتهن - و عليه فحيث ان البيع ليس منافيا لحقيقة الرهن ولحق المرتهن اذ لايعتبر فى العين المرهونة ان تكون ملكا للراهن و قد اتفقوا على جواز استعارة عين للرهن - فاذا جاز ذلك ابتداءً جاز بالاولى بيع العين المرهونة فينتقل العين المرهونة الى المشترى ويكون حق الرهانة باقيا متعلقا بها - نعم - مع جهل المشترى بالحال يثبت له الخيار - واما الثانى - فلان التصرف فيه لايعم التصرف الاعتبارى

١- المستدرك باب ١٧ - من ابواب كتاب الرهن حديث ٦

٢- البحار ج٢- ص٢٧٢ الطبع الحديث - وج١ص١٥٤ الطبع القديم

كالبيع كما حقق في مبحث الفضولي - مع - انه على فرض الشمول ان النهي عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الاعتباري والخارجي ولايكون ظاهرا في الارشاد - بل هو ظاهر في المبغوضية والحرمة النفسية - وقدمر في اول الجزء الحاديعشر عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد - واما الثالث - فلما عرفت آنفا من ان البيع ليس منافيا لسلطنة المرتهن على حقه - فالاظهر - هي الصحة والنفوذ وعدم الوقوف على الاجازة اوسقوط حق المرتهن.

واما المقام الثاني فقد استدل المصنف ره للصحة مع الاجازة بوجوه (الاول) العمومات السليمة عن المخصص - فان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال (واورد عليه) المحقق الايرواني بان بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع والمتيقن وان كان خروج ماقبل الاجازة من المرتهن الاانه لامجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم ازماني فيها بل عمومها افرادي فقط بازاء كل عقد ايجاب واحد للوفاء لاايجابات متعددة حتى اذا خرج الفرد في زمان صح التمسك بها في زمان آخر (وفيه) ان خروج فرد في زمان ان كان لاجل مانع و كان ذلك المانع مقرونا بالعقد ومن حين تحققه فارتفع ذلك المانع لامانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع والكبرى التي اشار اليها لو تمت انما هي فيما اذا كان خروج الفرد في الاثناء - كما حقق في محله - فالانصاف انه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع باذن من له الحق كما هو الحق ولذا يجوز بيع الرهن باذن المرتهن - اذا اجاز المرتهن وارتفع المانع عن تأثير العقد وصحته صح بمقتضى العمومات.

(الثاني) ان المستفاد من تعليل صحة نكاح العبد بالاجازة (١) بانه لم يعص الله و انما عصى سيده ان كل عقد كان النهي عنه لحق الادمي يرتفع المنع ويحصل التاثير بارتفاع المنع وحصول الرضا - (واورد عليه) بان الحقوق مختلفة فبعضها قابل للارتفاع باذن من له الحق و بعضها لايقبل ذلك كحق الاستيلاد و الوقف و نحوهما وكون الرهن من قبيل الاول غير ثابت ومع عدم احرازه لاسبيل الى الاستدلال بعموم

١- الوسائل- باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء

العلة (وفيه) ان المستفاد من مادل على كفاية اذن المرتهن وان به يجوز البيع كونه من قبيل الاول.

(الثالث) فحوى ادلة(١) صحة الفضولي - واورد عليه المحقق الايرواني ره بان من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق ام الولد موجبا لفساد البيع - فلا اولوية بل ولا المساوات (وفيه) انه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق ام الولد وكونه من الحقوق القابلة للارتفاع وعليه فالاولوية واضحة فان في بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة واللزوم - احداهما - فقدان رضا المالك - وثانيتهما - عدم استناد البيع الى المالك - وفي المقام ينحصر المنع بالجهة الاولى فلامحالة يكون اولى فتدبر.

وقد استدل صاحب المقابيس ره لماذهب اليه من البطلان بما يرجع محصله الى وجوه:

منها - ان المستفاد من ظاهر الاجماعات والاخبار المحكية تعلق النهي بالمعاملة لامر داخل راجع الى احد العوضين لاستحقاق المرتهن اياه لا لامر خارج كمافي - البيع وقت النداء - والنهي في المعاملات اذا كان كك يقتضي الفساد - ثم اورد على نفسه بانه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي - واجاب عنه بان الفضولي ان باع على وجه الاستقلال بطل لذلك وان باع - على وجه النيابة عن المالك حيث انه لايعد تصرفا عرفا فلا يكون منهيا عنه فلايكون باطلا ولايعقل في المقام النيابة والبيع الاستقلالي تصرف عرفا - (وفيه) اولا - ماتقدم من عدم دلالة الادلة المشار اليها على حرمة البيع - وثانيا - ان النهي عن المعاملة لايدل على الفساد - وثالثا - ان ماذكره من القسمين يتصور في بيع الراهن فانه يمكن ان يبيع رجاء لاجازة المرتهن ولاينوي الاستقلال. ورابعا - انه قد عرفت صحة بيع الفضولي وان كان على وجه الاستقلال لو تعقبه الاجازة.

ومنها - ان البيع ان صدر عن غير المالك فيمكن وقوعه موقوفا على الاجازة فان له بقاء وبالاجازة يستند الى المالك فيشمله العمومات - وان صدر عن المالك فلا مورد

---

١ - راجع مبحث الفضولي من هذا الكتاب

لتوقفه على اجازة شخص آخر فاما ان يصح - اويبطل ولاثالث وحيث انه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافيا لحق الرهانة فلابد من البناء على البطلان (وفيه) انه حيث يكون للعقد بقاء فاذا صدر عن المالك ولم يؤثر لاقترانه بالمانع - فان ارتفع المانع يؤثر اثره.

ومنها - ان التعليل الوارد في نكاح العبد بغير اذن سيده من قوله(ع) انه لم يعص الله وانما عصى سيده يدل على الفساد في المقام فانه يدل على ان عصيان الله تعالى موجب للفساد و عصيان غيره لايوجب البطلان لامكان ارتفاعه كما في نكاح العبد - وبيع غير المالك - وفي المقام من جهة كونه محجورا عليه يكون عاصيا لله تعالى بتصرفه ولايقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا وانما منع الله من تفويت حقه بالتصرف - فيكون بيعه فاسدا (وفيه) ان المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفي والاعصيان السيد عصيان لله تعالى لانه امر باطاعته ونهى عن مخالفته بل المراد به العصيان الوضعي فيكون مفاد التعليل انه كلما كان عدم الصحة لرعاية حق الغير القابل للاسقاط يمكن تصحيح المعاملة باسقاطه - وفي المقام حيث ان عدم الصحة انما يكون لرعاية حق المرتهن فيمكن تصحيحه باجازته اوسقوط حقه - فالأظهر هي الصحة في هذا المقام ايضا.

(قوله قده وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة الخ) لايخفى ان صاحب المقابيس ره لما حكم ببطلان بيع المالك المحجور توجه اليه اشكال وهو ان لازم ذلك بطلان بيع السفيه مع انهم حكموا بصحته لو اجازه الولي - واجاب عن ذلك بانه يتجه الصحة فيه من جهة ان المنع عن بيعه ليس رعاية لحق الغير بل رعاية لمصلحة نفسه - وبهذا يظهر ان عبارة الكتاب غلط - والصحيح هكذا - وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة نفسه كالسفه - واما قوله فالقول بالبطلان هنا - فهو راجع الى ما قبل ربما (وفيه) انه لو كان منشأ البطلان الوجه - الثاني الذى نقلناه عنه وهو ان بيع المالك لايتصور فيه الوقوف على الاجازة بل اما ان يقع باطلا او صحيحا اتجه البناء على البطلان في المقام

ثم ان هيهنا اشكالين آخرين على القول بالصحة موقوفا على الاجازة توهم اختصاصهما بالمقام دون ساير اقسام الفضولي (احدهما) ما ذكره المصنف ره بقوله وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا (وحاصله) انه بناء على الكشف يلزم ان يكون مال غير الراهن وثيقة للدين من غير رضا صاحبه اذ الاجازة تكشف عن ملك المشترى للعين المرهونة من حين البيع فلابد امامن البناء على بطلان البيع او بطلان الرهانة (وفيه) ان القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع و لايلزم محذور (مع) ان هذا الايراد مشترك الورود فانه في المقام ان لزم اجتماع ملك الغير مع الرهن لزم اجتماع مالكين على شيء واحد في ساير اقسام الفضولي . (ثانيهما) ما ذكره المصنف ره بقوله وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئا (وحاصله) ان المقام يدخل في مسالة من باع شيئا ثم ملكه غاية الفرق انه في تلك المسألة يصير البايع الفضولي مالكا للمبيع وفي المقام يصير مالكا للبيع (وفيه) انه على الكشف نلتزم بكشف الاجازة عن حصول الملكية من حين العقد .

بيان فائدة اجازة المرتهن

(قوله قده ثم ان الكلام في كون الاجازة من المرتهن كاشفة او ناقلة الخ)

ملخص القول في المقام يقتضى البحث في جهات (الاولى) قد يقال ان اجازة المرتهن لاشان لها في المقام الامن جهة دلالتها على سقوط حق المرتهن - اذ الاجازة في عقد الفضولي انما تؤثر في استناد العقد الى المالك وبها يصير مخاطبا باوفوا بالعقود والمرتهن لايمكن توجه هذا الخطاب اليه فلااثر لاجازته - ولكنه يمكن دفعه - بان المرتهن وان لم يكن مالكا للعين الاان له حقا متعلقا بها فله سلطنة عليها من جهة كونها موضوع حقه - وعليه - فله اعمال هذه السلطنة في موضوع حقه بان يجيز العقد ويمضيه وان يرد العقد ويحله - وعدم توجه خطاب اوفوا اليه لايصلح مانعا عن كون اجازته مؤثرة في العقد و موجبة لتمامية اركانه و مشمولا لادلة الصحة و النفوذ فتدبر هذا بناء على القول

بالصحة موقوفا على الاجازة ـ و اما على المختار من الصحة بدونها ـ فاجازته لاشان لها .

الجهة الثانية ـ فی ان اجازة المرتهن كاشفة اوناقلة ـ فعلى المختار من صحة عقد الراهن وعدم منافاة البيع لحق الرهانة لايبقى مجال لهذا النزاع ولا يترتب على اجازته شیء سوى انها بالملازمة تكشف عن اسقاط حقه ولا معنى لكشف الاجازة عن الاسقاط من حين العقد ـ واما بناءاً على توقف الصحة على الاجازة ـ فعلى القول بالكشف على القاعدة نلتزم به فی المقام بعين ذلك المناط لا بالاولوية اذ كما يقال فی اجازة المالك انها امضاء للعقد من حين حصوله وتكون رضا بمضمونه وهو النقل من حينه كك يقال فی اجازة المرتهن فانه من جهة تعلق حقه بالعين و ثبوت هذه السلطنة له له الرضا بالعقد وامضائه من حين حدوثه .

واما ان التزمنا فی الفضولی بالكشف على خلاف القاعدة فلايمكن البناء على الكشف فی المقام ـ اذ لاوجه للتعدی سوى ماذكره المصنف ره من الاولوية ـ بتقريب ان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضی وهی هنا من قبيل رفع المانع فاذا كانت اجازة المالك كاشفة كانت اجازة المرتهن اولى بذلك ـ وهو غير تام ـ لماذكرناه مراراً من ان باب العقود غير باب الاسباب الحقيقة والتأثير والتاثر وانه لايصح تطبيق اجزاء العلة من المقتضی والشرط و عدم المانع على اجزاء العقد و تسميتها باسمائها ـ فكما ان اجازة المالك دخيلة فی الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع كك اجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه ـ مع انه لوسلم كون اجازة المالك جزء المقتضی و اجازة المرتهن من قبيل رفع المانع لاوجه لاسراء الحكم الثابت للمقتضی لعدم المانع لان مناطات الاحكام غير معلومة فلعل المناط مختص به (و اما) ما ذكره المصنف ره مؤيداً لماذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع ان الايقاعات عندهم لاتقع مراعاة (فيرد عليه) ان عدم وقوع الايقاعات مراعاة انما قلنا به للاجماع و حيث انه ليس فی ايقاع المالك فلاوجه للبناء على عدم الوقوع فهذا

ليس تاييدا لما ذكره .

الجهة الثالثه ـ فى انه هل ينفع الاجازة بعد الرد ام لا ـ اقول ـ بناء على عدم توقف الصحة على الاجازة حيث انه لامعنى لرده سوى عدم اسقاط حقه فله الاجازة بعد ذلك واسقاط حقه ـ واما بناء على توقفها على الاجازة فان قلنا بان الرد يكون حلا للعقد لم ينفع الاجازة والا كفت فى المقام وان لم تكف فى الفضولى فان مدرك عدم كفايتها ح الاجماع وحيث انه ليس فى المقام اجماع فالاظهر كفايتها (واما) ماذكره المحقق النائينى ره من ان الرد انما يؤثر فى المقام فى مورد فعلية حق المرتهن وهو مااذا حل اجل الدين و اما لو لم يحل فلا يؤثر ـ فله الاجازة بعد ذلك (فيرد عليه) ان حق الرهانة انما يكون ثابتا من الاول ولا ربط له بحلول الدين وهو موجب لتاثير رده

حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن

الجهة الرابعة اذا عقد الراهن على المرهون ثم سقط حق المرتهن ـ اما بالاسقاط ـ او بابراء الدين ـ او بادائه ـ فعلى القول بان حق المرتهن متعلق بالعين لا بالعقد ولاينافى مع البيع فمن حيث الصحة لاكلام ولكن بما انه قد عرفت انه لو كان المشترى جاهلا يثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره يقع الكلام فى انه هل يسقط خياره ام لا ـ وسيأتي الكلام فى ذلك فى خيار العيب فى مسألة مالو زال العيب قبل اعمال الخيار واما على القول بالمنافاة وانه لايصح العقد بدون اجازة المرتهن ـ فهل يصح البيع لسقوط حقه ام لا وجهان قد استدل للبطلان وعدم الصحة بوجوه

الاول ـ ان المرتهن كان شريكا فى سلطان الراهن ولم يكن الراهن مالكا للبيع مستقلا فاذا سقط حقه وصار الراهن مالكا للبيع يدخل فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه فعلى القول بالبطلان فى تلك المسألة يتعين البناء على البطلان فى المقام ـ واجاب عن ذلك المصنف ره وتبعه المحقق النائينى ره بماحاصله ان فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه يكون البيع صادرا من غير المالك فلامقتضى للصحة ـ و بعد صيرورته مالكا لم يصدر

عنه عقد فيحكم بالفساد - واما فی المقام فليس عدم الاثر لقصور فی المقتضى وانما هو من جهة المانع فاذا زال اثر المقتضى (وفيه) ماتقدم من ان تطبيق اجزاء العلة من المقتضى والشرط وعدم المانع على اجزاء العقد ومايعتبر فيه لامورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات والاثار - فلايصح ان يقال الملكية مقتضية - وحق الرهانة مانع بل كل ما اخذ فی العقد يكون اعتباره على حد سواء كيف وقد صرح هو قده فيماسبق بان الملكية شرط - فالحق تمامية هذا الوجه فيكون المقام على هـذا المسلك نظير من بـاع شيئا ثم ملكه.

الثانی ان العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولا لادلة الصحة و اللزوم وبعده يشك فی بقاء حكم الخاص فيجری الاستصحاب ولامورد للتمسك بعمـوم العام لعدم العموم الزمانی له (واجاب) عنه المصنف ره بانه من جهة العلم بمناط المستصحب وان الخارج انما يكون من جهة حق الرهانة فبعد سقوطه لاوجه لاجراء الاستصحاب ويكون المقام من باب وجوب العمل بالعـام (وفيه) انه قده صرح فی الاصول بان العام المخصص فی زمان اذا لم يكن له عموم ازمانی لايتمسك به بعد مضی الزمان المتيقن وان لم يجر الاستصحاب (فالحق) فی الجواب ان يقال ان المقام حيث يكون التخصيص من الاول تعين الرجوع فی غير مورد التخصيص الى عموم العام وان لم يكن له عموم زمانی

الثالث ان ظاهر بعض النصوص (١) ان نكاح العبد لايصح بدون اذن سيده و ان اعتق ويكون المقام نظير ذلك (وفيه) ان عدم نفوذ تصرف العبد ليس لاجـل كونـه تصرفا فی مملوك المولی خاصة بل المتصرف ايضا مملوك ولذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولی توقف على اجازته ايضا - فالصحيح الاستدلال له بالوجه الاول.

الجهة الخامسة فی ان سقوط حق الرهانة هل يجری فيه نزاع الكشف والنقل ام لا

اقول - انه لابد من البناء على النقل فی المقام وان قلنا بالكشف فی الاجازة فان الاجازة امضاء وانفاذ للعقد الذی هو النقل من حينه - واـما سقوط الحـق فهو رفع للمانع

١- الوسائل باب ٢٦- من ابواب نكاح العبيد والاماء

فالعقد من حين السقوط يكون مشمولا لدليل الصحة فلا وجه للقول بحصول الملكية من الاول (وما افاده) المحقق النائيني ره في وجه امكان البناء على الكشف على القول بالكشف في الاجازة من ان السقوط يكشف عن كون العقد سببا تاما فيؤثر من الاول (غير سديد) فان هذا المعنى من الكشف لادليل عليه و انما التزمنا بالكشف في الاجازة لما اشرنا اليه غير الشامل للمقام .

الجهة السادسة ـ بناء على توقف صحة عقد الراهن على الاجازة او سقوط حق الرهانة لو وجد العقد الراهن هل يجب عليه فك الرهن من مال آخر اذ لايتم الوفاء بالعقد الثاني الا بذلك ام لايجب فانه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه واما رفع حقوق الغير و سلطنة فلايجب وجهان اختار المصنف ره الثاني ـ و قاس المقام بمن باع شيئا ليس له فانه لم يلزم احد بوجوب شرائه من مالكه ودفعه الى المشترى (اقول) الاظهر لزوم الفك ـ وذلك لانه يجب عليه اداء الدين ـ وهو انما يكون ببيع العين المرهونة واداء الدين منها او ادائه من مال آخر وفك الرهن بذلك فحيث انه باعها ويجب عليه الوفاء به فليس له بيعها بشخص آخر فيتعين الاداء من مال آخر وفاء بالعقد وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبيع الفضولي ـ نعم لو باع الراهن قبل حلول اجل الدين لايجب عليه الفك قبله لما ذكره ره فالاظهر هو التفصيل فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال

في اعتبار القدرة على التسليم

الثالث ـ من شروط العوضين القدرة على التسليم الخ قبل الشروع في ـ اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم امور (الاول) انذكر هذا الشرط في شروط العوضين مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين وهذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله ـ من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور في العين كالطير الطائر والعبد الابق ونحوهما ـ بل ـ ربما يقال انه اذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحية قصور العاقد كما لو تعاوضا على عين معينة وهما في السجن ولايرجى اطلاقهما

منه - لايكون ذلك مانعا عن صحة البيع (واما ما افاده) المحقق النائينى ره فى وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه ما ستعرف من ان العجز لايوجب سلب المالية (الثانى) ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد - فلو كان حين حدوثه قادرا على التسليم وطرء العجز يدخل ذلك فى طرو العيب الموجب لثبوت الخيار - وبهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذى هو مانع عن صحة البيع وتعذره الموجب للخيار - ولعل هناك فرقا آخر وهو انه اذا كان البايع غير قادر - ولكن كان المشترى قادرا على التسلم - يثبت الخيار - وان كان هو ايضا غير قادر بطل العقد - وسيأتى الكلام فى ذلك فانتظر - ومن هنا ظهر الامر الثالث وهو ان محل الكلام عجز البايع والمشترى عن ذلك و اما اذا كان المشترى قادرا على التسلم فهو خارج عن المقام وسياتى حكمه.

اذا عرفت هذه الامور - فاعلم - انه قد تكرر من الفقهاء دعوى الاجماع على اعتبار هذا الشرط بل يظهر من الانتصار ان عليه اجماع العامة - ولم يذكر الخلاف عن احد سوى الفاضل القطيفى - وقد استدل لاعتباره بوجوه (الاول) النبوى (١) المشهور بين الفريقين بل قيل انه اجمع عليه المخالف والمؤالف نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر - وتنقيح القول فى هذا الحديث الشريف يقتضى التكلم فى جهات (الاولى) فى سنده - والظاهر انه من اقضية النبى صلى الله عليه وآله المروية من طرق اهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة وهى بعينها مروية من طرقنا برواية عقبة متفرقة على حسب تفرق الابواب - وعلى اى تقدير مع اعتماد الاصحاب عليه وتلقيهم اياه بالقبول وافتائهم مستندا اليه لايبقى مجال الاشكال فى سنده.

---

١ - الوسائل - باب ٤٠ من ابواب آداب التجارة حديث ٣ - و المستدرك باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث ١ - الدعائم ج٢ - ص ١٩ سنن بيهقى ج ٥ ص ٣٣٨ - و سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٢ - و اخرجه مسلم فى صحيحه ج ٥ ص ٣ - و ابو داود فى كتاب البيوع .

الجهة الثانية فی معنی الغرر وتطبيقه علی بيع مالايقدر علی تسليمه - وقدذكروا فی تفسير الغرر - امورا - الغفلة - والخديعة - والخطر - وعمل مالايؤمن معه من الضرر - وما كان علی غير عهدة وثقة - وماله ظاهر محبوب وباطن مكروه (وقدافاد) بعض المحققين انهذه التفاسير ليست كلها بيانا للمعنی الحقيقي بل بعضها بيان مفهومه وبعضها الآخر بيان لازمه الدائمی وبعضها بيان لازمه الغالبی وبعضها بيان لمورده - ومعناه الحقيقی مايساوق الخديعة ولازمه الدائمی هو الغفلة ولازمه الغالبی هو الخطر و الوقوع فی الضرر و المنخدع لايكون علی عهدة و ثقة - و مورده ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه .

و الحق ان يقال ان لمادة الغرر معان ثلاثة لا جامع بينها اصلا علی ما يظهر من كتب اللغة - لان مايكون بمعنی الغفلة انما هو المعنی المشتقی اللازم وهو غريغر بكسر العين - ومصدره الغرة بالكسر واسم فاعله الغار بمعنی الغافل ولايكون له اسم مفعول لكونه لازما - ومايكون بمعنی الخدعة انما يكون متعديا وهو غريغر بضم العين واسم مفعوله المغرور - وغرير - صفة مشبهة - واسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب - فالمغرور - يلازم مع كونه غافلا - ومصدره غرور - والمستعمل فی القرآن الكريم انما هو المعنی الثانی - ولاجامع بين البابين - واما لفظ الغرر - فلم يستعمل فی شیء منهما وانما هو بمعنی الخطر ولايكون معناه حدثيا اشتقاقيا - بل هو جامد كما صرح بذلك فی الاساس والمصباح والمغرب والجمل والمجمع والقاموس وقد فهم العلماء قدس الله اسرارهم منه ذلك ولذا افاد المحقق المشار اليه انه انما يحمل الغرر فی الخبر علی الخطر لفهم العامة و الخاصة لا تفاقهم ظاهرا علی ذلك كما يتضح بالمراجعة الی استدلالات الفريقين فی ابواب المعاملات - (و بالجملة) الغرر بحسب تصريح اللغويين وفهم اهل العرف والعلماء انما هو بمعنی الخطر (لا يقال) انه اذا كان جامدا فكيف يقال - غرر يغرر تغريرا - (فانه يقال) ان بعض الجوامد بواسطة

بعض ابواب المزيد فيها يصير مشتقا كالماء المشمس والتحجير وغيرهما - والمقام من هذا القبيل فمعنى غرر بنفسه اوقعه فى الخطر - وماعن القاموس من تفسير غرر بنفسه عرضها للهلاكة انما هو من جهة ان خطر النفس هو الهلاكة - ومافيه - من ان الاسم الغرر مراده منه ان اللفظ الاصلى هو معنى اسمى غير قابل للاشتقاق وهو الغرر - (وما) عن على (ع) من تفسير الغرر بعمل لا يؤمن معه من الضرر (غير ثابت) ولم يحرز صدوره عنه و لو سلم الصدور لابد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى العمل على اى تقدير .

ثم انه قد يقال ان بيع مالا يقدر على تسليمه لايكون غرريا بعد كون المبيع معلوما ذاتا ووصفا وانمايكون الغرر والخطر من ناحية الاثار الخارجية اى التسليم و التسلم (وفيه) ان الملكية المجردة لايترتب عليها شىء و لايبذلون العقلاء بازائها شيئا فالبيع عليها غررى - ومابعدمابين هذه الدعوى - وما ادعاه الشهيد ره من اختصاص الغرر بمجهول الحصول وان كان هو ايضا لايخلو عن محذور - ويؤيد ماذكرناه تمثيل اهل الفن للغرر - ببيع السمك فى الماء والطير فى الهواء وعن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وآله لاتشترالسمك فى الماء فانه غرر - فلاينبغى التوقف فى صدق الغرر والخطر على بيع مالايقدر على تسليمه .

الجهة الثالثة فى بيان مفاد النهى - اقول ان النهى عن المعاملة كما عرفت فى اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح ظاهر فى كونه ارشادا الى الفساد فاذا ظاهر ذلك هو فساد البيع الغررى.

الجهة الرابعة - انه قديقال بان المانع عن الصحة ان كان هو الفرد - فهو يمكن دعوى ارتفاعه بوجوه (احدها) انه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض اليه لايكون هناك غرر- (وفيه) ان نفوذ الشرط مشروط بكونه فى ضمن العقد الصحيح فلا يعقل تصحيح العقد به (ثانيها) انه مع تعذر تسليم المبيع له خيار التعذر فله الفسخ واسترجاع الثمن (وفيه) ان الخيار انمايثبت فى العقد الصحيح فكيف يصحح العقد به (ثالثها) انه بالفحص اما ان يحصل فى يده - اويصير مايوسا من ذلك فيكون بمنزلة التلف

الموجب لانفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه ـ فهو مامون العاقبة من الخطر لانه اما ان يصل اليه المبيع اوبدله ـ و قد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدم اذ الحكم بالانفساخ فرع صحة العقد (رابعها) انه مع امتناع تسليم المبيع للمشترى الامتناع من تسليم الثمن فلاغرر (وفيه) ان الامتناع من تسليم الثمن بعد فرض كونه ملكا للبايع لايوجب تدارك ماذهب من ملكه ـ هذا كله مع ان الغرر باعتبار الغرض المعاملى لاينجبر بالفسخ ولا بالانفساخ (فالحق) دلالة النبوى على الفساد ـ الا انه مختص بصورة عدم احراز امتناع التسليم لان الخطر انما يطلق فيما اذا احتمل الحصول ولو ضعيفا ـ ولكن فى هذا الفرد يثبت الحكم بالاولوية القطعية.

الثانى ان بذل المال بازاء مالايمكن تسليمه سفهى فلاتشمله ادلة نفوذ المعاملات فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلائية (وفيه اولا) ان بذل المال القليل بازاء مال كثير يرجى حصوله ليس سفهيا بل ربما يعد عدم البذل سفهيا (وثانيا) ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة والدليل انما دل على عدم نفوذ معاملة السفيه ولم يدل دليل على عدم نفوذ المعاملة السفهائية

الثالث ان المعاملة على مالايقدر على تسليمه ـ اكل للمال بالباطل ـ (وفيه) ان المراد بالاكل بالباطل بقرينة المقابلة بتجارة عن تراض التملك بالاسباب الباطلة كالقمار و نحوه والافغاية ماهناك كون اعطاء المال مجانيا وبلاعوض وليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل.

الرابع ان مالايقدر على تسليمه لايعد مالا عرفا فلا يصح بيعه (وفيه) اولا ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الاشياء بانفسها مع قطع النظر عن الاشخاص و هو ينتزع من كون ذلك الشىء موضوعا لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه وهى صفة تعتبر من نفس المال وان لم يكن هناك مالك ـ وثانيا ـ انه لو سلم ذلك فانما هو فيما لايحتمل التمكن من التسليم كما لايخفى

ثم ان المصنف ره استشهد لسلب صفة التمول عنه ـ بانه يجب على غاصبه قبلا

ان يدفع تمام القيمة بصيرورته كك من باب بدل الحيلولة (وفيه) ان لزوم اداء تمام القيمة ـ انمايكون من جهة الحيلولة بين المالك وتمام المالية بالحيلولة بينه وبين العين ـ لامن جهة التلف ـ وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك فى مبحث بدل الحيلولة

الخامس ماذكره المصنف ره بقوله ـ **منها ما اشتهر عن النبى (ص) من قوله لاتبع ماليس عندك الخ** لايخفى ان اقضية النبى (ص) المذكورة فى كتب العامة مجتمعة عن عبادة بن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة برواية عقبة بن خالد متفرقة على حسب تفرق الابواب ـ وعليه فهذا النبوى(١) مروى من طرقنا ومن طرق العامة فلاوجه للمناقشة فى سنده (و اما) من حيث الدلالة ـ فمحصل ـ ماافاده المصنف ره ـ ان محتملات قوله (ع) عندك ـ اربعة (احدها) الحضور الذى هو معناه الحقيقى (ثانيها) الملك (ثالثها) السلطنة عليه والقدرة على تسليمه (رابعها) السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد ـ ومن البين ان الاول ليس بمراد قطعا لجواز بيع الغائب اجماعا ـ والثانى خلاف الظاهر فان بيع المملوك بيع ماله لا بيع ماعنده ـ فبيع غير المملوك بيع ماليس له ـ لابيع ماليس عنده ـ والثالث ـ يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوى على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ـ فيتعين الرابع ـ فيدل على فساد بيع مالايكون مالكاله ـ و مالايقدر على تسليمه ـ فلابد من اخراج بيع الفضولى عنه بادلته ـ او بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبايعه لواراد ذلك (و فيه) ان ارادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماسة للعين ـ اماوحدها ـ اومع الملكية خلاف الظاهر ـ بل امان يراد مطلق التصرفات الخارجية اولايكون ذلك بالخصوص بمراد ـ وحيث انه لايعتبر السلطنة الخارجية المماسة للعين قطعا ـ فلايكون ذلك بمراد لامستقلا ولاضمنا بل الظاهر منه ارادة السلطنة الاعتبارية على التصرفات التسبيبية المعاملية فيكون اجنبيا عن المقام ـ

السادس ـ ماذكره المصنف ره ـ بقوله ـ **ومنها ـ ان لازم العقد وجوب**

١ـ اشرنا الى مصادر الخبر فى ص ٤٣

تسليم كل من المتبايعين الخ (وحاصله) ان لازم العقد وجوب التسليم وهو مشروط بالقدرة فمع عدمها لالزوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد - والالزم انفكاك اللازم عن الملزوم (وفيه) انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذى هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال الى صاحبه الا ان هذا اللازم ليس لازما لاينفك بل هو فرع التمكن منه ومع عدم التمكن يكون ملكا له لايجب تسليمه لعدم القدرة - وان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه - فيرد عليه - ان العقد عبارة عن تمليك العين مثلا لاهو مع اعتبار امر آخر او تكليف آخر - وان اريد به ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه - فيرد عليه - ان التعليق فى العقد موجب للبطلان - وان اريد به ان لزوم التسليم من احكام العقد من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذى وجوبه من احكام العقد - فيرد عليه اولا - ان اوفوا بالعقود(١) على ماحققناه فى محله يكون ارشادا الى لزوم العقد - وعلى فرض كونه تكليفيا يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه فعلى كل تقدير لاربط له بالتسليم - وثانيا - ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لايكشف عن عدم الصحة

(قوله قده ويضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا الخ) مراده انه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث انه ان لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم - نمنع الملازمة اى لادليل على ان ذلك من لوازم العقد - وان كان المراد ان لازمه مطلق الوجوب الملائم مع الوجوب المشروط فاللازم متحقق فى الفرض وكذلك الملزوم.

(قوله قده وقد يعترض باصالة عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته باصالة الخ) المعترض - ودافعه - صاحب الجواهر ره (وحاصل) الاعتراض بماذكره المصنف من الجواب ان مقتضى اصالة عدم تقيد الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق فمع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم (ومحصل) الدفع - انه معارض باصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط فان اطلاق ادلة نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة فى

١ - المائدة آية ٢

النفوذ - فالحجة على الاشتراط تعارض الحجة على عدمه (واما) ماذكره المصنف ره من النظر الواضح في الاعتراض والمعارضة- فلعل وجه النظر في الاعتراض انه ان اريد باصالة عدم تقيد الوجوب الاصل العملي اي اصالة عدم وجوب المقيد- فيرد عليه انه معارض باصالة عدم وجوب المطلق - وان اريد به الاصل اللفظي اي اطلاق دليل الوجوب فهو مقيد بالقدرة عقلا - ووجه النظر في الدفع- ان اطلاق دليل المقيد لو سلم لاريب في حكومته على اصالة عدم تقيد البيع كما لايخفى

السابع ماذكره المصنف ره **بقوله ومنها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه و لايتم الا بالتسليم الخ** (وفيه) اولا - ان تخلف الاغراض والدواعي لايوجب فساد المعاملة وبطلانها -وثانيا- ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق بل الانتفاع على فرض التسليم- وثالثا- نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم (فتحصل) ممـا ذكرناه ان دليل اعتبار هذا القيد هو النبوي المشهور نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر

هل القدرة شرط او العجز مانع

ثم انه ينبغي التنبيه على امور الاول - ماذكره المصنف ره بقوله - **ثم ان ظاهر معاقد الاجماعات كما عرفت كون القدرة شرطاً كما هو كذلك في التكاليف الخ**

ملخص القول - ان الكلام في هذا التنبيه يقع في مواضع -احدها- فيما هو مقتضى كلمات الاصحاب -ثانيها- في معقولية مانعية العجز وعدمها- ثالثها - فيما يقتضيه الدليل- رابعها في ترتب الثمرة على هذا النزاع

اما الاول فظاهر كلمات القوم حيث قالوا ومن شرائط العوضين القدرة على التسليم كون القدرة شرطا - ومورد نزاع المصنف ره و صاحب الجواهـر كلام الغنية - و ذيله الذي نقله المصنف ره صريح في شرطية القدره اللهم الاان يكون ذلك من كلام المصنف ره

واما الثاني فقد ذهب المصنف ره الى عدم معقولية مانعية العجز - من جهة ان العجز امر عدمى لانه عدم القدرة عما من شانه ان يقدر - والمانع هو الامر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم (وفيه) ان المانع فى باب العلة و المعلول - غير المانع فى باب العقود والايقاعات كما تقدم فان المراد به فى هذا الباب ماقيد صحة العقد بعدمه - او حكم بفساد العقد معه وحيث ان هذا ممكن - فما نعية العجز معقولة .

واما الموضع الثالث فالاظهر ان المستفاد من الادلة مانعية العجز - وذلك لان ضم ادلة نفوذ البيع - بقوله (ص) نهى النبى عن بيع الغرر يقتضى ان يكون موضوع النفوذ البيع الذى ليس بغررى اى لايكون متصفا به - لا ان الموضوع هو البيع المتصف بمايضاد الغرر كما هو واضح

واما الموضع الرابع فقد يقال بظهور الثمرة فيما اذا شك فى القدرة - فانه على القول بشرطية القدرة لابد من احرازها فى الحكم بصحة البيع - واما على القول بمانعية العجز - فيحكم بالصحة وان لم يحرز ذلك لوجهين (الاول) اصالة عدم المانع (الثانى) قاعدة المقتضى والمانع من جهة ان العقد مقتض والعجز مانع فاذا شك فى المانع مع احراز المقتضى يبنى على تحقق المقتضى بالفتح - وفيهما نظر (اما الاول) فلان الشبهة اما موضوعية - او حكمية - فان كانت موضوعية - فان كانت الحالة السابقة القدرة يبنى عليها - وان كانت هى العجز - يبنى عليه - ومع عدم احراز الحالة السابقة او توارد الحالتين لايجرى الاصل الموضوعى وانما يرجع الى اصالة الفساد من غير من فرق بين المسلكين وان كانت حكمية - كما لو شك فى ان الخارج هو العجز المستمر او العجز فى الجملة او شك فى ان المراد بالعجز مايشمل التعسر - يرجع الى عمومات الصحة اقتصاراً فى المخصص على المتيقن منه (وبالجملة) بعد كون العجز - والقدرة من قبل العدم والملكة لامن قبيل السلب والايجاب لايبقى فرق بين مانعية الاول وشرطية الثانية كما لايخفى - و (اما الثانى) فلعدم حجيتها اولا وعدم جريانها فى الاحكام الشرعية ثانيا لعدم تمييز المقتضى عن المانع والشرط - هذا كله مضافا الى ان المدرك لاعتبار هذا القيد بما انه النبوى فلايتصور

الشك الموضوعی لتقوم الغرر بالجهل

المانع هو العجز فی زمان الاستحقاق

الثانی ما ذکره المصنف ره بقوله **ثم ان العبرة فی الشرط المذکور انما هو فی زمان استحقاق التسلیم الخ** لا اشکال فی هذه الکبری الکلیة - ای ان العبرة فی هذا الشرط بالقدرة علی التسلیم فی زمان الاستحقاق لا فی زمان البیع من غیر فرق بین کون المستند- وجوب التسلیم- او نهی النبی عن بیع الغرر -او لزوم السفاهة مع عدمه - او عدم الانتفاع- او لا تبع مالیس عندك - اذ لا وجوب للتسلیم قبل الاستحقاق - والمعاملة التی یقدر البایع فیها علی تسلیم المبیع حال استحقاق المشتری لذلك لیست بغرریة فعلا- والاقدام علی بیع مایتمکن من تحصیله فی حال الاستحقاق لیس اقداما سفهیا ولا یترقب الانتفاع من المبیع الابعد استحقاقه - والمراد من عدم بیع ما لیس عنده علی فرض دلالته علی هذا الشرط بقرینة مناسبة الحکم والموضوع وبحسب المتفاهم العرفی عدم الالتزام بما لا یقدر علیه ومن کان قادرا حین الاستحقاق غیر قادر حین البیع لا یکون ملزما علی نفسه بما لا یقدر علیه (فما) افاده المحقق الاصفهانی ره من انه لو کان المدرك النهی عن بیع مالیس عنده لابد من القدرة حال ورود البیع علیه (غیر تام) فهذه الکلیة لا کلام فیها .

انما الکلام فی الفروع التی فرعها المصنف ره علی تلك (احدها) عدم اعتبارها اصلا اذا کانت العین فی ید المشتری (وفیه) ان عدم اعتبارها فی هذا المورد لیس من متفرعات عدم اعتبار القدرة حال البیع بل لو کانت العبرة بالقدرة حال البیع لم تکن معتبرة فی الفرض لان التسلیم طریق الی وصول المال بید المشتری فمع تحقق الوصول لا یعقل استحقاق التسلیم .

ثانیها ما اذا اشتری من ینعتق علیه (وفیه) ان عدم اعتبارها فی المورد انما یکون

من جهة عدم دخوله فى ملكه او خروجه عنه بعد دخوله آناما - لامن جهة عدم اعتبار القدرة حين البيع .

ثالثها ما اذا اشترى فضولا فانه لايستحق التسليم الابعد اجازة المالك (وفيه) ان المعتبر هوقدرة من له العقد لامجرى الصيغة وحيث ان العقد انما يستند الى من لهالعقد وهو المالك من حين الاجازة لاقبلها - فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة فى بيع الفضولى حال البيع لعدم تحقق بيع المالك قبل الاجازة .

(قوله قده لكن يشكل على الكشف من حيث انه لازم من طرف الاصيل الخ)

الظاهر ان منشأ اشكاله انه على القول بالكشف - اذا كان احد الطرفين اصيلا بما ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء والمؤثر فى الملكية هو العقد فهو من حين البيع الى ما قبل الاجازة محروم عن التصرف فى ما انتقل عنه - وما انتقل اليه - امافى الاول فلخروجه عن ملكه - وامافى الثانى فلانه لايجب على مالكه التسليم فلايقدر هو على تحصيله فيلزم من ذلك الغرر (وفيه) ان منشأ الاشكال ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل اليه فهو يتحقق فى الفضولى من الجانبين - وان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل عنه - فهو لادخل له بالقدرة على التسليم والتسلم كمالا دخل له بالغرر .

رابعها بيع الرهن قبل اجازة المرتهن اوفكه هذا التفريع حسن من جهة ان المشترى لا يستحق التسليم قبل اجازة المرتهن (على القول بتوقف نفوذه عليها) فلا يعتبر قدرته قبل الاجازة وانما العبرة بالقدرة بعد ها - و ان كان العقد منتسبا الى المالك من حين حدوثه .

خامسها مالولم يقدر على تسليم ثمن السلم - محصل ماافاده فى هذا الفرع انه فى بيع السلم بما ان القبض جزء السبب الناقل فقبل تسليم المشترى الثمن لايكون السبب متحققا فالعجز عن التسليم لايقدح فى الصحة فلو اتفق حصوله صح البيع - و بعبارة اخرى قبل ان يقبض الثمن لايستحق البايع التسليم لانه جزء المملك وبعده

التسلیم متحقق (واورد علیه) بانه قبل القبض البیع العرفی موجود و البایع بنظرهم یستحق التسلیم فالعجز عنه موجب لکون البیع غرریا عندهم فیشمله نهی النبی صلی الله علیه و آله وسلم عن بیع الغرر فان الموضوع فیه البیع الغرری العرفی (و اجاب) عنه المصنف ره بان اهل العرف بعد اطلاعهم علی عدم ترتب الاثر شرعا قبل القبض لایرونه غرریا فی الفرض (و یمکن) الجواب بوجه آخر ـ وهو ـ ان دلیل اعتبار القبض یکون حاکما علی دلیل مانعیة الغرر و یدل علی انه لاغرر فی الفرض (و اما ما افاده) المحقق الایروانی فی الجواب عن ذلک ـ بان ظاهر النبوی ان البیع الذی لولا الغرر کان صحیحا مؤثرا هو الذی نهی النبی صلی الله علیه و آله وسلم عنه اذا کان غرریا ـ والبیع فی الفرض قبل القبض لایکون صحیحا فالغرر فیه لایکون مانعا (فیرد علیه) ان دلیل کل مانع انما یکون متکفلا لبیان مانعیة ذلک الشیء خاصة ولانظر له الی سایر الموانع والشرائط و لذا لو فرض اقتران العمل بمانعین لاسبیل الی دعوی عدم مانعیة شیء منهما مع ان مقتضی البرهان المزبور ذلک فان دلیل کل منهما مقید علی الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر و المفروض اقترانه به ـ فالحق ماذکرناه.

التنبیه الثالث قال قده ـ ثم ان الخلاف فی اصل المسألة لم یظهر الا عن الفاضل القطیفی الخ الظاهر من کلامه انه لاینکر اعتبار القدرة علی التسلیم فی الجملة غایة الامر انه یلتزم باعتبار امر فی خصوص مورد الجهل و عدم الرضا ـ و علیه ـ فلا تنافی بین کلمات المصنف ره حیث نفی الخلاف فی اول المسألة ـ و هنا نقل الخلاف عن الفاضل القطیفی ـ ثم ان الظاهر ان المصنف ره فهم من کلامه انه یلتزم باشتراط الصحة بامر لایجامع العلم والرضا کعنوان الخدعة و لذا اورد علیه بان الغرر انما هو فی النبوی بمعنی الخطر لا الخدعة ـ و یحتمل ان یکون مراده ان القدرة انما تعتبر من ناحیة حق تسلم المبیع للمشتری فاذا علم بعدم القدرة واقدم علی المعاملة راضیا بها فقد اسقط حقه ـ والجواب عنه ان الشارع اعتبر القدرة و کون ذلک من قبیل الحق القابل للاسقاط غیر ثابت والاصل یقتضی عدمه.

التنبیه الرابع -قال قده - **ثم ان الظاهر- ان القدرة علی التسلیم لیست مقصودة بالاشتراط الابالتبع الخ)** والوجه فی ذلك ان المستند لاعتبار هذا القید ان کان نهی النبی عن الغرر- اولزوم السفاهة مع عدمه- اوکونه اکلا للمال بالباطل واضح اذلاغرر ولاسفاهة ولااکل للمال بالباطل مع تمکن المشتری من التسلم - و ان کان لاتبع مالیس عندك فالوجه فیه ان الظاهر بقرینة المناسبة بین الحکم و الموضوع کون القدرة علی التسلیم انما تعتبر من جهة الطریقیة الی وصول المال الی صاحبه ولاموضوعیة لها - نعم- اذا کان التسلم متوقفا علی بذل المال للمشتری الرجوع الی البایع فیه لان ذلك وظیفته .

قوله قده - ومنه یعلم انه لولم یقدر احدهما علی التحصیل لکن یوثق بحصوله فی ید احدهما الخ مرجع الضمیر هو ما استدل به علی کفایة القدرة علی التسلیم وهو عدم لزوم الغرر وعدم شمول غیره من الادلة الدالة علی المنع لتلك الصورة - فان مقتضاها کفایة الوثوق بحصوله فی ید احدهما -لا- کون المناط قدرة المشتری علی التسلم - فلا یرد علیه ما ذکره المحقق الایروانی ره بان مسألة کفایة الوثوق بالحصول اجنبیة عن المسألة السابقة فکیف یعلم منها هذه .

التنبیه الخامس-قال قده **ولولم یقدر علی التحصیل و تعذر علیهما الا بعد مدة الخ** لایخفی انه ان کان التعذر ابدیا بطل البیع لما تقدم-وان کان فی مدة یتسامح فیها صح- وان کان فی مدة لایتسامح فیها کسنة اوازید - فان کان مدرك اعتبار هذا الشرط-النبوی- نهی النبی (ص) عن بیع الغرر - فالاظهر هی الصحة لما تقدم من انه فی صورة العلم بالعجز لایصدق الغرر وانما التزمنا بالبطلان فی صورة العلم بالعجز الی الابد للاولویة غیر الجاریة فی الفرض - کما انه- لایکون هذه المعاملة سفهیة ولا اکلا للمال بالباطل - وان کان المدرك النبوی (١) لاتبع ما لیس عندك -تعین البناء علی البطلان من جهة عدم

١- ص٤٣

القدرة الامع شرط تأخير التسليم الى ذلك الزمان ـ فانه ح يكون قادرا حين الاستحقاق و قد مر كفاية ذلك ـ و بذلك ظهر ان المصنف ره يتعين عليه البنـاء على البطلان لانه قده سلم دلالة هذا النبوى على اعتبار هذا الامر ـ كما انه ظهر ان الاظهر هى الصحة على المختار . وان كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر .

التنبيه السادس قال قده ـ **ثم ان الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين الخ** ملخص القول فى المقام ـ انه لا اشكال فى البطلان اذا لم يكن قادرا واقعا و كانا عالمين بذلك كما لا اشكال فى الصحة اذا كانا عالمين بالقدرة و كان قادر أو اقعاً ـ انما الكلام فيما اذا كانا عالمين بالقدرة و لم يكن كك ـ او كانا جاهلين بها و كانت متحققة ـ فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط ـ نهى النبى عن بيع الغرر ـ تعين البناء على الصحة فى الصورة الاولى ـ و البطلان فى الثانية من جهة ان الغرر قوامه بالجهل ـ ففى الاولى لم يقدم البايع على المعاملة الخطرية بخلاف الثانية وان كان المدرك ـ لا تبع ماليس عندك انعكس الامر كما لا يخفى ـ وحيث انهما معا عند المصنف ره مدرك ذلك تعين عليه البناء على البطلان فى الصورتين (فما) افاده من البطلان فى الصورة الثانية لو تبين العجز (تام) ولا يرد عليه ما افاده المحقق الاصفهانى ره (نعم) ماذكره من الصحة فى تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم ـ اذ المعاملة بعد وقوعها باطلة لا تصح بالتجدد (ودعـوى) ان مدرك البطلان فى تلك الصورة لا تبع ماليس عندك ـ وهو انما يدل على عدم الصحة مادام ليس عنده ـ فلو تجددت وصار مما عنده لا وجه للبطلان (مندفعة) بان المصنف وان احتمل ذلك لكنه لم يبن عليه كما يظهر من الفروع التى رتبها على ان القدرة المعتبرة هى القدرة حال الاستحقاق

حكم مالو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا

التنبيه السابع ـ **قال قده ثم لا اشكال فى اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكا لاما اذا كان وكيلا الخ** اقول لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا اشكال فى اعتبار قدرة نفسه ـ ولو كان العاقد غيره فان كان وكيلا فى اجراء الصيغة خاصة فلا اشكال فـى ان العبرة بقدرة الموكل ولا اعتبار بقدرته ـ لانه ليس ملزما بالتسليم ويكون كالاجنبى ـ نعم

لوعلم بقدرته واعمال قدرته يكتفى بهالامن حيث انها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال فى يد المشترى الذى عرفت كفايته - واما لو كان وكيلا مفوضا فى البيع ولوازمه - فلا اشكال فى الاكتفاء بقدرة الوكيل من جهة انه ملزم بالتسليم و مامور بالوفاء بالعقد والمناط فى رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم و مامور بالوفاء بالعقد.

انما الكلام فى مالو كان عاجزا وكان الموكل قادرا فيه اقوال (الاول) ماعن المصنف ره وتبعه غيره - وهو الاكتفاء بذلك (الثانى) ماافاده المحقق الاصفهانى ره و هو عدم كفاية قدرته من حيث انها قدرة من ينسب اليه العقد (الثالث) ما اختاره العلامة الطبا طبائى صاحب المصابيح - وهو الكفاية مع رضا المشترى بالرجوع الى الموكل ورضى الموكل برجوع المشترى اليه.

والاظهر هو الاول لان المناط هو مايرتفع به العزر وهو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم - وفى الفرض كل من المالك والوكيل - ملزم به - فيكفى قدرة كل منهما فى رفع الغرر

واستدل للثانى بان الوكيل الذى يستند اليه العقد ليس بقادر - و الموكل انما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب اليه فلابد من استجماع البيع الصادر من الوكيل - وحيث فرضنا انه غير قادر فيبطل البيع (وفيه) ان كلا منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح - وهذا ممالا كلام فيه - والعقد الصادر من الوكيل اذا كان الموكل قادرا على التسليم صحيح لعدم الغرر وارتفاعه بقدرته وبعبارة اخرى مع قطع النظر عن نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر هذه المعاملة صحيحة ومستندة الى كل منهما فكل منهما موظف بالوفاء بها ولايلزم منه الغرر لقدرة الموكل على التسليم.

واستدل للثالث بان الموكل وان كان اجنبيا عن البيع ولذا لايكفى قدرته فقط لكنه مع التراضى والتزام الموكل لاغرر فى البيع وان كان الوكيل عاجزا - وفرع على ذلك بطلان بيع الفضولى فان قدرة العاقد لاتكفى لعدم الوكالة - ولاتراضى ولاالتزام بين

المشترى والمالك كى يكفى قدرته - ثم اورد على هذا التفريع - بانه ربما يحصل للفضولى الوثوق بارضاء المالك فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد للقدرة على الاجازة المحققة لقدرته على التسليم والقدرة على السبب - قدرة على المسبب - واجاب عنه بوجهين - الاول - انه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية لمصاحبة الاذن للبيع غاية الامر حصوله بالفحوى وشاهد الحال - الثانى - ان صحة بيع الفضولى فى هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها احد - والمصنف ره بعد نقله ذلك قال وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى ثم فى تفريع الفضولى ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم فى الجواب عنه اولا و ثانيا تامل بل نظر .

اقول اما وجه النظر فى المبنى - فهو ما عرفت من ان الموكل ليس اجنبيا عن العقد وملزم بالتسليم والعلم بقدرته يكفى فى ارتفاع الغرر - والا فمجرد التراضى لايوجب رفع الغرر - واما وجه النظر فى تفريع الفضولى فهو ان الفضولى اجنبى عن العقد ولايكون العقد تاما ومنتسبا الى مالكه الا بعد الاجازة ولذا بنينا على كفاية القدرة حال الاجازة وعدم اعتبار القدرة حال البيع - واما وجه النظر فى الاعتراض - فهو ان قدرة العاقد لااعتبار بها لعدم كونه مخاطبا بلزوم التسليم - واما وجه النظر فى الجواب الاول فهو عدم خروج المعاملة عن الفضولية بالوثوق بارضاء المالك مع عدم كونه راضيا بالفعل - واما وجه النظر فى الجواب الثانى - فلم يظهر لى لان القائلين بصحة بيع الفضولى لم يقتصروا على هذه الصورة.

عدم الحاق الصلح بالبيع

(**قوله قده لايجوز بيع الابق منفردا الخ**) لايخفى ان بنائنا فى هذا الشرح على حذف المسائل التى لاموضوع لها فى هذه الازمنة ولايحتمل تحققه - وهى المسائل المتعلقة بالعبيد والاماء - الا انا تعرضنا لخصوص هذه المسألة - لما فى ذيلها من المسائل التى تعرض لها المصنف ره ولاتكون مربوطة بخصوص بيع الابق بل هى من تذييلات

وفروع المسألة المتقدمة وهى مسائل .

الاولى- انه لايختص اعتبار القدرة على التسليم بالمثمن بل هو يعتبر فى الثمن ايضا لاشتراك الادلة بينهما فكما انه من عدم احراز القدرة على تسليم المثمن يلزم الغرر- كك يلزم الغرر من عدم احراز عدم القدرة على تسليم الثمن.

الثانية - فى الحاق ساير المعاملات بالبيع - والكلام تارة فى غير الصلح - و اخرى فيه - اما فى غير الصلح فالاظهر اعتبارها لوجهين (احدهما) ان المستفاد من نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بمناسبة الحكم والموضوع ان الموجب للبطلان هو الغرر من حيث انه غرر بلا خصوصية للبيع (ثانيهما) ماارسل(١) عن النبى (ص) انه نهى عن الغرر - المنجبر ضعفه بعمل الاصحاب لاستدلالهم فى جميع المعاوضات كالاجارة والمزارعة والمساقاة والجعالة وغيرها - بل فى غير المعاوضات كالوكالة بذلك (واما) فى الصلح فالاظهر عدم اعتبارها - وذلك لوجهين (الاول) ان دليل الغرر انما يكون حاكما على ادلة المعاملات التى لها صنفان غررى وغير غررى - واما الصلح الذى ليس له صنفان بل هو بطبعه مبنى على المسامحة والمسالمة والتجاوز من جهة ان الغرض فيه ليس متقوما بالمبادلة والمقابلة فلا يكون دليل الغرر حاكما عليه بل هو حاكم على دليل الغرر (الثانى) صحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام انه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولايدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ماعندك ولى ماعندى فقال عليه السلام لاباس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما - فانه يدل على عدم مانعية الجهالة المحققة للغرر - و هو وان لم يصرح فيه بارادة الصلح من تلك المعاهدة - الا انه محمول عليه بقرينة فهم الاصحاب .

١- التذكرة ج١ ص٤٦٦ - مسالة بيع الطير فى الهواء - ونحوه عن الشهيد - وسبقهما الشيخ فى الخلاف

٢- الوسائل باب٥ من ابواب احكام الصلح حديث ١

بيع الضال والمجحود والمغصوب

الثالثة ان مقتضى نهى (١) النبى (ص) عن بيع الغرر ـ عدم جواز بيع الضال و المجحود والمغصوب كما افتى به جماعة ـ و بعبارة اخرى مقتضاه عدم الفرق بين المتعذر بنفسه وما تعذر بواسطة الغير (وعن) جماعة الجواز ـ واستدل له بوجوه

احدها انه بالفحص عنه اما ان يحصل فى يده او يياس منه ـ فان حصل ـ والا فهو فى حكم التلف الموجب لانفساخ العقد من اصله الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه فهذا البيع مامون العاقبة من الخطر ـ واما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد اقدم عليه و جهالته غير مضرة خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها (و فيه اولا) انه مع عدم الحصول لايحرز اليأس دائما بل ربما يرجى حصوله (وثانيا) ان كون ذلك بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غير ثابت (و ثالثا) ان الحكم بالانفساخ مرتب على العقد الصحيح فلايمكن تصحيح العقد به (ورابعا) ان الخطر من حيث الغرض المعاملى على حاله لايرتفع بالانفساخ .

ثانيها انه مع تعذر تسليمه له خيار التعذر فالصحة تكون مراعاة بالتسليم فان تسلم قبل مدة لايفوت الانتفاع المعتد به فيها والا تخير بين الفسخ والامضاء فلاغرر (وفيه اولا) ان الخيار مرتب على العقد الصحيح فلايعقل تصحيح العقد به (وثانيا) ان الغرر من ناحية الغرض المعاملى لايرتفع بذلك .

ثالثها ان له شرط الخيار برد الثمن او مثله اذا لم يحصل المبيع فى يده الى ثلاثة ايام (وفيه) اولا ـ ان نفوذ الشرط منوط بوقوعه فى العقد الصحيح فلايصحح العقد به ـ وثانيا ـ ان الغرر الناشى من حيث الغرض المعاملى لايرتفع بذلك

رابعها ان له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البايع من تسليم المبيع فلاخطر (وفيه) مضافا الى ماتقدم ـ ان الامتناع من تسليم الثمن مع عدم كونه مالكا له لايوجب تدارك ماذهب من ملكه ـ

---

١ ـ ص ٢٨٥

فالاظهر هو فساد بيعه .

الرابعة المشهور بين الاصحاب انه كما لايجوز بيع غير المقدور منفرداً لايجوز بيعه منضماً بغيره وعن ظاهر الانتصار جوازه ـ و يشهد للاول ان بيع المجموع من مقدور التسليم وغيره فى صفقة واحدة غررى (وما) عن الانتصار من ارتفاع الغرر بذلك ضعيف ـ واضعف منه الاستدلال بالنص الوارد فى بيع العبد الابق الدال على جوازه مع الضميمة ـ اذ المناط غير محرز والتعدى يحتاج الى دليل .

اعتبار العلم بقدر الثمن

(قوله قده المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً فلو باع بحكم احدهما بطل اجماعاً الخ) لم يخالف فى هذه الكلية احد وقد تكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع و الاتفاق عليها ـ وصاحب الحدائق خالف الاصحاب فى خصوص ما اذا باع بحكم المشترى للنص ـ والاسكافى خالفهم فى ما اذا باع بسعر ما باع ـ والمدرك لها حديث نفى الغرر المتقدم ـ ويؤيده التعليل فى رواية (١) حماد بن ميسر عن جعفر عن ابيه (ع) انه كره ان يشترى الثوب بدينار غير درهم ـ لانه لايدرى كم الدينار من الدرهم .

وقد استدل صاحب الحدائق ره لما ذهب اليه بصحيح (٢) رفاعة النخاس قال قلت لابى عبدالله (ع) ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت اليه بالف درهم فقلت هذه الف درهم حكمى عليك ان تقبلها فابى ان يقبلها منى وقد كنت مسستها قبل ان ابعث اليه بالثمن ـ فقال ارى ان تقوم الجارية قيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك ان ترد اليه مانقص من القيمة وان كان ثمنها اقل مما بعثت اليه فهو له قال قلت جعلت فداك ان وجدت بها عيبا بعد ما مسستها قال ليس لك ان تردها ولك ان تاخذ قيمة مابين الصحة والعيب منه .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢٣ من ابواب احكام العقود حديث ٢

٢ ـ الوسائل ـ باب ١٨ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

و اورد علیه المصنف ره بان التاویل فیه متعین لمنافاة ظاهره لصحة البیع و فساده - اذلو کان البیع صحیحا لزم تعین المسمی دون القیمة الواقعیة فلماذا امر (ع) بتقویم الجاریة بقیمة عادلة - وان کان فاسدا فلما ذاحکم بتعین مابعث الیه ان کانت القیمة الواقعیة اقل - ولهذا التزم بانه یحمل علی ارادة التوکیل فی التقویم والبیع بعده بما یتعین فی نظره لابالقیمة الواقعیة والامر بردمانقص انما هو من جهة خیار الغبن - فکما انه اذا عین الموکل القیمة فظهر الغبن له الخیار کک اذاعینها الوکیل- وانماعین ذلک من جهة انه حیث لاحاجة للموکل فی الجاریة والوکیل محتاج الیها فیسقط خیاره ببذل التفاوت اویحمل علی حصول الحبل بعدالمس فصارت ام ولد .

واجیب عن ذلک بجوابین (احدهما) ما افاده المحقق الایروانی ره وهوان ما ذکره یتم لوکان المراد من البیع بحکم المشتری فی الروایة البیع تبعیینه المطلق ، اما اذا کان المرادتعیینه لقیمة المثل و یکون تعیینه طریقیامحضا لاموضوعیا فیکون المراد من البیع بحکمه هو البیع بقیمة المثل من غیر دخل لحکمه علی وجه الموضوعیة فلا حاجة الی التاویل بل ینطبق الروایة علی القاعدة -(وفیه) مضافا الی انه لاتنطبق علی القاعدة اذمقتضی القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقیمة المثل للغرر -ان ماافاده یستلزم استرجاع الزاید ان کانت قیمتها اقل مما بعثه الیه - فهذا لایلائم مع حکمه بعدم الرجوع الی الزاید (ثانیهما) انه یحمل علی ارادة تعیینه بحکمه وان تعیینه یکون موضوعا - ولکن یشترط ان لایکون اقل من قیمة المثل- وعلیه - فلو کانت القیمة السوقیة اقل کان مابعثه الیه له - ولو کانت ازید لابدمن ردالزاید لاشتراطه (وفیه) انه خلاف الظاهر جدا (ثم انه) ان تم ما افاده المصنف ره ولم نورد علیه- بان متعلق الوکالة ان کان هو البیع بقیمة المثل خاصة کان البیع بغیره فضولیا وان کان عاما لغیره لم یکن وجه لثبوت خیار الغبن- وایضا لاوجه لسقوط الخیار بمجرد بذل التفاوت - والافیرد الصحیح الی اهله - وعلی ای تقدیر لایمکن الاستدلال به علی الصحة -

عدم صحة بيع مايكال اويوزن جزافا

(قوله قده العلم بقدر المثمن كالثمن شرط باجماع علمائنا الخ) لاخلاف فى اعتبار العلم بقدر المثمن فى الجملة - بل عليه الاجماع كما حكاه جماعة (ويشهد له) حديث(١) نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر بالتقريب المتقدم فى المسألة السابقة - وجملة من النصوص منها صحيح (٢) الحلبى عن ابى عبدالله(ع) فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم وان صاحبه قال للمشترى ابتع منى هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الاخر الذى ابتعت - قال (ع) لايصلح الا بكيل - قال- وما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لايصلح مجازفة هذا ممايكره من بيع الطعام (واورد عليه) بايرادات

الاول ان قوله عليه السلام وما كان من طعام سميت فيه كيلا الخ مجمل اذ لو كان المراد به مابيع بكيل فما معنى لايصلح مجازفة - وان كان المراد به ما من شانه ان يباع بكيل اى يقال انه مكيل ويكون الخطاب الى الراوى بما هو من اهل العرف والعادة - فلازمه تنويع الطعام مع انه ليس من الطعام مالايكال ولايوزن- (وفيه) انه يمكن اختيار الشق الثانى واخذ القيد توضيحيا - او بان يقال ان من الطعام ماهو مكيل ومنه ماهو موزون و لو فى بعض البلدان فيكون مفاد قوله عليه السلام ذلك- ان مايكون من الطعام مكيلا انما اعتبر فيه الكيل- من جهة انه لايصلح بيعه مجازفة ولازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

الثانى ماذكره جماعة منهم المحقق الايروانى ره- وهو ان المراد من قوله وما كان من الطعام سميت الخ ان البيع اذا انعقد بعنوان الكيل كما اذا بيع منا من الحنطة - يعتبر الكيل فى مقام التسليم صونا عن التعقب بالنزاع والمشاجرة - فهو اجنبى عن المقام - (وفيه) ان هذا خلاف الظاهر- فانه يتوقف على تقدير كلمة (قبضه) او (تسليمه) بعد قوله فانه لايصلح كما لايخفى وهو خلاف الظاهر.

١ص ٢٨٥

٢ - الوسائل باب ٤ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٢

الثالث ان الخبر مخالف لفتوى المشهور فانهم افتوا بتصديق البايع فى اخباره بان كيل المبيع كذا وهذا الصحيح يدل على انه لايعتمد عليه (وفيه) انه فى تلك المسألة انما يلتزمون بالصحة اذا وقع البيع على ما اخبر به بعنوان ان كيله ما اخبر به وانه لو نقص يأخذ الزايد ولو زاد يرده - لابيعه بما اخبر به سواء زاد اونقص كما هو ظاهر الخبر - مع انه فى تلك المسألة يعتبرون كون البايع مؤتمنا.

الرابع ان قوله ﷺ هذا مما يكره من بيع الطعام - ظاهر فى عدم الفساد (وفيه) ان الكراهة فى النصوص غير ظاهرة فى الكراهة المصطلحة - بل ظاهرها المنع - مع - انه لو سلم الاجمال وعدم ظهورها فى ذلك - يكون المرجع قوله ﷺ لايصلح مجازفة - بل المحكى عن الفقيه فلا يصح مجازفة - فالاظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل فى المكيل.

ومنها موثق (١) سماعة سألته عن شراء الطعام ومايكال ويوزن هل يصلح شرائه بغير كيل ولاوزن فقال (ع) اما ان تاتى رجلا فى طعام قد كيل ووزن تشترى منه مرابحة فلاباس ان اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه اذا كان المشترى الاول قد اخذه بكيل اووزن وقلت له عند البيع انى اربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلاباس -(واورد عليه) المحقق الاصفهانى ره بان مورد الاستدلال ان كان هى الشرطية الاولى وهى قوله فلاباس ان اشتريته الخ فمن الواضح ان نفى البأس عن اشترائه بلا كيل ولاوزن لامفهوم له الابلحاظ موضوع الشرطية وهو طعام قد كيل اووزن وهو من مفهوم الوصف - و ان كان هى الشرطية الثانية وهى -قوله - اذا اخذه المشترى الاول الخ فمن البين انه تقرير لصدر الخبر حيث قال تاتى رجلا فى طعام قد كيل ووزن والشرطية اذا كانت لتحقيق الموضوع اولتقريره لامفهوم لها فلامفهوم فى القضية الامفهوم الوصف (وفيه) انه يدل على المفهوم من جهة وروده فى مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة السؤال والجواب (ومنها) غير ذلك من النصوص التى تعرض لبعضها المصنف ره.

١- الوسائل- باب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٧

ثم ان ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل والوزن فى المكيل و الموزون سواء ألزم من تركهما الغرر ام لا۔ كما ان مقتضى حديث نفى الغرر ما نعية الغرر الشخصى سواء أكان العوض مما يكال او يوزن ام لا۔ فالنسبة بينهما عموم من وجه ۔ و حيث انهما مثبتان لا تنافى بينهما فيتعين العمل بالدليلين و البناء على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل والموزون مع عدم كون البيع غرريا ۔ و على ما ذكرناه فان لم يكن المبيع مكيلا اوموزونا ۔لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة ۔ او لكثرته كزبرة الحديد ۔ او كان مكيلا وموزونا ولكن كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع ۔ او كان الشىء فى اصله كك ولكن كان ماليته بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الامر بلادخل للمقدار فيها كالمسكوكات غير ما هو من الذهب والفضة والاوراق المطبوعة ۔صح البيع ۔بلا كيل ولاوزن ان لم يلزم الغرر الشخصى كما هو المفروض ۔اما فى الاول۔ فلعدم شمول ادلة الكيل والوزن له وانصرافها عنه۔واما فى الثانى ۔فلان الكيل والوزن انما اعتبرا من جهة الطريقية الى معرفة المقادير و الحدود لالخصوصية فيهما بالخصوص ۔ كما يشهد له مضافا الى مناسبة الحكم و الموضوع مادل على الاعتماد على اخبار البايع بالكيل اوالوزن۔ وقوله ﷺ فى ذيل الصحيح المتقدم فانه لايصلح مجازفة ۔ الدال على ان المانع هو البيع جزافا ۔ فاذا كان الحدس موجبا للاطمينان كفى۔ واما فى الثالث۔ فلعدم كونه مكيلا ولاموزونا .

(قوله قده ثم ان ظاهر اطلاق جميع ماذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصى الخ) لااشكال فى ان الغرر فى حديث نهى النبى عن بيع الغرر شخصى و مالم يصر الغرر فعليا لايترتب عليه حكمه كما فى ساير العناوين الماخوذة موضوعا و اما فى اخبار الكيل والوزن فلم يؤخذ عنوان الغرر كى يصح ما ذكره المصنف ره من ابتناء الصحة والفساد فى الفروع التى ذكرها على كون الحكم منوطا بالغرر الشخصى او النوعى فما ذكره ره من المبنى لااصل له.

(قوله قده كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله فى الميزان الخ)

يدل على فساد البيع فى الفرض مضافا الى ادلة اعتبار الكيل حديث نهى النبى عن بيع الغرر فانه وان لم يلزم الغرر من حيث المالية الا انه يلزم من حيث الغرض المعاملى - اذ الاغراض المعاملية والمقاصد العقلائية كما تختلف باختلاف الاجناس ذاتا او وصفاً كذلك تختلف باختلاف الحدود والمقادير من حيث الاحتياج الى مقدار خاص بلا نظر الى القيمة السوقية .

(قوله قده والى ما ذكرنا من الفرق اشير فى صحيحة(١) ابن عبد الرحمن الخ) ويمكن ان يكون وجه الفرق ان الدراهم الوضاحية هى الدراهم الصحيحة فلاتكون هى ناقصة بمالايتسامح فيه فلابأس باعطائها من دون التبيين .

(قوله قده ثم ان الحكم فى المعدود و جوب معرفة العدد الخ) المشهور بين الاصحاب لزوم معرفة العدد - و عن - مجمع البرهان انه لادليل على عدم جواز بيع المعدود الاعدا وان الاصل والعمومات وحصول التراضى الذى هو العمدة فى الدليل دليل قوى فاثبات خلافه مشكل (اقول) الذى يظهر من صحيح(٢) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن الجوز لانستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد مافيه ثم يكال مابقى على حساب ذلك العدد قال عليه السلام لاباس به - من جهة ظهوره فى اعتقاد السائل لزوم العدو تقريره (ع) ذلك - هو لزوم العدوبه يقيد اطلاقات الادلة .

بيع المكيل وزنا وبالعكس

(قوله قده فيقع الكلام والاشكال فى تقدير بعض المقدرات بغير ماتعارف فيه الخ) الاقوال فى المسألة اربعة - ثالثها - التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح وبيع الموزون بالكيل فلايصح - رابعها - التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقا الى التقدير المعتبر فى المبيع فى نفسه فيصح - و بين ملاحظته مستقلا فلايصح -

---

١- الوسائل باب ١٠ من ابواب الصرف حديث ٧

٢- الوسائل باب ٧ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

فالكلام يقع فى مقامين (الاول) في تقدير كل منهما بغير ماتعارف تقديره به من حيث جعله طريقا الى ماتعارف فيه (الثانى) فى تقديره به مستقلا .

اما الاول فقسمه المصنف ره الى قسمين - اذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة - وربما يكون مما لايتسامح فيه (اقول) اذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالاظهر هى الصحة - لما عرفت من ان اعتبار التقدير الخاص انما هو لمعرفة حد المبيع ومقداره والقدير بما هو طريق الى ذلك مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك ويخرج البيع عن كونه جزافيا فيصح (و يشهد له) مضافاً الى ذلك صحيح الحلبى المتقدم بالتقريب الذى قدمناه - وخبر(١) عبدالملك بن عمرو قلت لابى عبدالله عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية اواثنتين فاتزنهما ثم آخذ سائره على قدر ذلك قال(ع) لابأس - (وما) عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر (ليس) من جهة هذا الخبر نفسه فان اتزان مائة راوية زيت ليس بمتعذر بل من جهة صحيح الحلبى الوارد فى الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة (ولكن) يرد عليه انه لامفهوم له كى يقيد اطلاق هذا الخبر به (واما) اذا كان التفاوت المحتمل مما لايتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سنذكره فى المقام الثانى (وتصحيحه) بالبناء على ذلك التقدير (مخدوش) اذ البناء عليه الراجع الى شرط الخيار لونقص لايصحح العقد لان ذلك لايخرجه عن الجزافية - ولذا لايصح البيع بالمشاهدة مبنيا على مقدار معين مما تعارف فيه (ودعوى) اطلاق الخبر (ممنوعة) فان الظاهر و لااقل من المحتمل كون مابقى من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه .

واما المقام الثانى - فالمشهور بين الاصحاب على مانسب اليهم فى محكى الرياض جواز بيع المكيل وزنا وعدم جواز بيع الموزون كيلا - واستدل له المصنف ره بان الوزن اصل للكيل وان العدول الى الكيل من باب الرخصة - و عليه - فبيع

١- الوسائل - باب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

المكيل بالوزن ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس (اقـول) لااشكال فى ان الاصل للكيل هو الوزن ـ اذالاغراض المعاملية العقلائية تختلف باختلاف مقادير الاشياء من حيث الخفة والثقل ولهذه الحيثية مراتب معينة يعبر عنها بالمثاقيل ومادونها او مافوقها وليس الكيل طريقا الى معرفة ذلك فى نفسه فلامحالة يقدر الكيل من حيث انه يسع مقدارا من الوزن (الاانه) بعدتعارف الكيل فى شىء وعدم معرفة وزنه غالبا لامحالة لايعرف مقدار تموله بالوزن ـ بل يكون ذلك ايضا بيعا جزافيا .

ثم انه ربمايستدل للجواز فى الموردين بخبر(١) وهب عن الصادق (ع) عن ابيه عن على (ع) لاباس بالسلف مايوزن فيمايكال ومايكال فيمايوزن ـ وفيه (اولا) ان الخبر ضعيف السند لوهب (وثانيا) انه يدل على انه يجوز ان يكون ثمن المكيل موزونا و بالعكس ـ ولايدل على جواز كل من الكيل والوزن فى مورد الاخر ـ فالاظهر هو عدم الجواز مطلقا .

(قوله قده ثم انه قدعلم مماذكرنا انه لووقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين الخ) يمكن الاستدلال لصحة هذه المعاملة مضافا الى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلدالذى يحضرونه اوبكيله مع جهلهم بالمقدار ـ بان الغرر لايلزم بعدفرض علم المشترى بان الكيل اوالوزن المشترى به متعارف فى البلد ـ ونصوص اعتبار الكيل والوزن تدل على لزوم ان يكون البيع باحدهما ـ و امامعلومية مقد ارما يوزن تفصيلا فلاتدل عليه بل اغلب الناس لايعلمون مقدار الكيل و الوزن المتعارفين فى بلدهم ـ و بعبارة اخرى ان تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافا و بالتخمين بلاوزن ولا كيل ولاتدل على ازيد من ذلك (ولكن) ثبوت السيرة المتصلة الى زمان المعصوم (ع) محل تامل ـ والظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك وان لم يصدق من حيث المالية ـ والنصوص انما هى فى صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لامجرد الكيل والوزن من حيث هما ـ فالاظهر بطلان تلك

---

١ ـ الوسائل بـاب ٧ من ابـواب السلف حديث ١

المعاملة - (واما) صحيح (١) الحلبى عن ابى عبدالله (ع) لايصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر (فالظاهر) منه المنع عن البيع بغير صاع المصر بتدليس انه صاع المصر فلايدل على جواز البيع بصاع المصر وان لم يعلم مقداره .

(قوله قده و اما المعدود فان كان الكيل اوالوزن طريقا اليه الخ)

لا كلام فى انه اذا كان الكيل او الوزن طريقا الى العد يجوز ذلك كما تقدم - و صحيح - الحلبى المتقدم المختص بصورة تعذر العد لامفهوم له كى يدل على عدم جوازه مع الامكان - و تقريره (ع) لما فى ذهن السائل من عدم الجواز مع الامكان غير ظاهر - (واما) اذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقية فقد اختار المصنف ره كفاية الوزن فيه والظاهر ان وجهها اصالة الوزن فى التقدير مطلقا حتى فى المعدود (وفيه) ان اصالة الوزن لو سلمت لاتفيد بعد فرض كون مناط المالية فى شيء العدد فانه يلزم من بيعه بالوزن الغرر فالاظهر عدم الكفاية .

المناط فى المكيل والموزون

(قوله قده بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشيء مكيلا اوموزونا الخ)

قبل الشروع فى بيان المختار ودليله - ينبغى تقديم امور .

الاول ان مورد البحث هو انه هل المدار على ما كان مكيلا او موزونا فى عصر النبى صلى الله عليه وآله وسلم - لاعلى كيل عصره و وزنه فانه لم يقل بذلك احد و لايكون ذلك رافعا للغرر - وبعبارة اخرى - مورد الكلام تعيين ما هو مكيل اوموزون - لاتعيين الكيل والوزن اذ لا كلام فى ان المكيل يكال بالمكيل المتعارف فى كل عصر و الموزون يوزن بالميزان المتعارف فى كل زمان (فما) فى عبارة المبسوط المنقولة فى الكتاب - والمكيال مكيال اهل المدينة والميزان ميزان اهل مكة - لابد من تاويله لاسيما وقد نفى الخلاف عنه.

الثانى ان النزاع فى المقام ليس فى مفهوم المكيل و الموزون - فان مفهومهما

١- الوسائل باب ٦ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٢

اللغوى واضح ـ ولا حقيقة شرعية لهماقطعا ـ ولايكون مكيلية شيء اوموزونيته من الامور الواقعية ويكون نظر العرف و الشرع طريقا اليها حتى يكون الشارع مصوبا للعرف تارةو مخطئالهم اخرى بل هماامران جعليان رتب الشارع على هذا الامر الجعلي البنائي الذى بنى العرف عليه حكما (و حيث) ان الجعل و البناء يختلف باختلاف الاعصار والامصار فلذاوقع النزاع في انه هل المعيار عصر خاص و مصر مخصوص ـ ام الميزان صدق عنوان كون الشيء مكيلا اوموزونا .

الثالث المحكي عن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق ان الاصحاب افتوا ـ بان المراد بالمكيل والموزون ماثبت فيهما الكيل والوزن في زمانه (ص) وحكم الباقي في البلدان ماهو المتعارف فيها .

واورد عليهما صاحب الجواهر ره بانى لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين فضلا عن ان يكون اجماعا ـ نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى الربا ـ و المصنف ره ذكر طرقا ثلاثة ـ لاستفادة ان الفقهاء افتوا بذلك.

الاول ان التتبع في كلمات الاصحاب يشهد بذلك ـ وذكر منها عبارة المبسوط (اقول) ماافاده في المبسوط الصريح في ذلك خيرة التذكرة ونهاية الاحكام والمختلف وحواشي الشهيد و غيرها وهو المنقول عن القاضي كما عن مفتاح الكرامة ـ و لكن القدماء من الاصحاب لم يصرحوا بذلك .

الثاني ان المقطوع به بعد التتبع ان الموضوع في هذه المسألة وفي مسألة الربا واحد و هو المكيل والموزون وقد حمل عليه حكمان ـ احدهما ـ عدم جواز بيعه متفاضلا ـ ثانيهما ـ عدم جواز بيعه مجازفة ـ فاذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين (وفيه) ان ماذكروه ـ ان كان ضابطة لتعيين المفهوم ـ او كان ضابطة لتعيين المصداق مع كونه ظاهرا في ضبط ما هو مصداق الموضوع في المقامين ـ كما اذا ذكروا المسألتين بنحو الاتصال وفي ذيلهما ذكروا ذلك تم ماافاده ـ ولكن بما ان ماذكروه انما يكون في مقام ضبط ما هو المصداق في ذيل مسألة الربا خاصة ولا اطلاق له يشمل

هذه المسألة فلايجدى ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل ان الموضوع فيها كل ماصدق عليه هذا المفهوم لاخصوص مصداق خاص منه .

الثالث ماهو مركب من امرين -احدهما- انه يشترط عند الاصحاب في الرباء ان يكون الكيل و الوزن شرطا في صحة بيعه -ثانيهما- اتفاقهم على ان العبرة في المكيل والموزون الجارى فيه الرباء على ماهو كك في عهد الشارع الاقدس - فانه يستنتج منهما اعتبار الكيل و الوزن في ماكان مكيلا و موزونا في عهده (وان شئت قلت) بهيئة الشكل الاول - ماكان مكيلا اوموزونا في عهده يجرى فيه الرباء - ومايجرى فيه الرباء يشترط ان يباع بالكيل اوالوزن- ونتيجتهما ان كل ماكان مكيلا اوموزونا في عهده - يشترط ان يباع بالكيل اوالوزن (وفيه) ان الامر الاول- وهو الكبرى في القياس - ان اريد به ان من شرط جريان الرباء كون الكيل او الوزن شرطا في صحة بيعه ولو في زمانه (ص) خاصة- فهو حق الا انه لايفيد للمستدل - وان اريد به انه من شرطه كون ذلك شرطا في صحته الى الابد و مادام يجرى فيه الرباء فهو اول الكلام و غير ثابت - فالانصاف - ان دعوى الاجماع بل الشهرة في المقام في غير محلها .

اذا عرفت هذه الا مور- فاعلم- ان الكلام يقع في موردين - الاول - في بيان ما يستفاد من الادلة -الثاني- في ما استدل به على ماهو المنسوب الى المشهور .

اما المورد الاول- فالمستفاد منها-ان المدار في اعتبار الكيل و الوزن على ما هو مكيل اوموزون في زمان البيع وبلده- فماكان مكيلا او موزونا في زمان البيع وبلده اعتبر في صحة بيعه ذلك ومالم يكن كك وان كان في زمان الشارع مكيلا او موزونا لا يعتبر في صحته ذلك- لان دليل اعتبار هذا الامر - حديث (١) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر- والنصوص الخاصة - المتقدمة اما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة - فان من المعلوم عدم دخل المدخلية لزمانه (ص) في رفع الغرر و اثباته - واما النصوص-

---

١-ص ٢٨٥

فالماخوذ فيهاعنوان المكيل والموزون من دون التقييد بزمان خاص و بلد مخصوص و مقتضى اطلاقه دوران الحكم مدار فعليةهذا الموضوع عند ايقاع المعاملة من حيث زمانهاومكانها-وبعبارة اخرى-قوله(ع) ماكان من طعام سميت فيه كيلالايصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لانشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدر وجودها - فكل ما صدق عليه هذاالعنوان يشمله هذا الحكم من غير فرق بين الازمنة والامكنة .

واما المورد الثانى فالمنسوب الى المشهور دعويان - الاولى - ان العبرة فى التقدير بزمان النبى (ص) -الثانية - ان مالم يثبت كونه مكيلا اوموزونا فى عهده العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان .

وقد استدل للاولى بالاجماع (وبان) المراد من المكيل و الموزون المصداق الفعلى المعنون بهما فى زمان المتكلم (وبوجوب) حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع - وفى الكل نظر (اما الاول) فلما تقدم وما عن المبسوط من نفى الخلاف عنه لايدل على الاجماع اذعدم الخلاف فى اصطلاح القدماء محمول على امر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم (مع) انه لوثبت ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (واما الثانى) فلان الظاهر من هذه القضية كساير القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لاخارجية - الاترى- انه لم يتوهم احد اختصاص مادل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة فى عهد الشارع - و بالجملة- ما ذكرناه واضح (و اما الثالث)فلما عرفت من ان النزاع فى المقام ليس فى المفهوم فانه مبين معلوم ولاحقيقة شرعية له.

وانما الكلام فى انه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم ام الميزان كلما صدق عليه ذلك (مع) ان النصوص انما وصلت الينا من الائمة عليهم السلام لامنه (ص) فلو كان الميزان عرف المتكلم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم ووزنه كما لايخفى .

و استدل للثانية- بالاجماع - و بان - الحقيقة العرفية هى المرجع عندانتفاء

الشرعية - وبمقطوع - ابن هاشم الاتى ولاينظر فيما يكال اويوزن الاالى العامة ولايؤخذ فيه الخاصة فان كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلايعتبر بهم لان اصل اللحم ان يوزن واصل الجوز ان يعد (وفى الكل نظر) اما الاول فلما تقدم - واما الثانى - فلما عرفت من ان النزاع فى المقام ليس فى مفهوم المكيل والموزون كى يتم فيه ذلك بل فى انه هل لمصداق خاص منه خصوصية ام لا - واما الثالث - فلعدم حجيته لعدم اتصال الخبر الى المعصوم وعدم حجية قول التابعى من حيث هو - مع - ان المراد بالعامة ليس جميع الناس والا لما كان يوجد سيما فى عصر الخبر شىء يحرز اتفاق الناس عليه بل المراد منه ان بناء المتعاقدين لا يكفى بل يعتبر بناء قوم كاهل بلد عليه فهو ينطبق على ماذكرناه - مضافا - الى انه لو اغمض عن ذلك وسلم كونه دالا على ماذهب اليه المشهور - يقع التعارض بينه وبين صحيح الحلبى الدال على ان الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بماهما من افراد البلد و المحل و الترجيح معه كما لايخفى (ثم انه) بناء على مااخترناه تسقط جملة من الفروع التى ذكرها المصنف ره وهو واضح .

نعم - يبقى منها فرعان (الاول) لو فرضنا كون المبيع فى بلد والعقد فى بلد آخر و المتعاقدين اهل بلد ثالث وكان ذلك الشىء فى احد البلاد مقدرا بغير مايقدر به فى البلاد الاخر فهل العبرة ببلد المبيع كمااختاره المصنف ره - ام ببلد العقد - ام ببلد المتعاقدين وجوه - اظهرها الثالث - فانه الظاهر من صحيح الحلبى - ماسميت فيه كيلا - فانه موجه الى البايع فتدبر (الثانى) انه لو وقعت المعاملة فى الصحراء وكان البلاد مختلفة فى التقدير ولم يكن الصحراء ملحقا باحدها - فان كان المتعاقدان اهل بلد لحقهما حكمه كماتقدم والا فلايعتبر فى بيعهما الكيل والوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل والوزن لهذا المورد كماهو واضح - نعم - يعتبر رعاية عدم الغرر -

اخبار البایع بقدر المبیع

(قوله قده لو اخبر البایع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه الخ)

اقول ان الغرر وان کان یرتفع بایقاع المعاملة مبنیة علی المقدار المخبر به- الا انه قدعرفت انه یعتبر الکیل والوزن وان لم یلزم الغرر من عدمهما - ومعلوم ان بذلك لایتحقق هذا القید - فعلی هذا یتعین الرجوع الی النصوص الخاصة - وهی علی طوائف -الاولی - مادل علی الاعتماد علیه مطلقا- کخبر (١) محمد بن حمران قال قلت لابی عبدالله ﷺ اشترینا طعاما فزعم صاحبه انه کاله فصدقناه واخذناه بکیله فقال لاباس -ونحوه غیره - الثانیة - مادل علی عدم الاعتماد علیه کصحیح(٢) الحلبی المتقدم - الثالثة - مادل علی الاعتماد علیه فی صورة الایتمان خاصة کخبر (٣) ابی العطارد عن الصادق ﷺ اذا ائتمنك فلابأس ونحوه غیره - و الجمع بینها - لوسلم کون المقام مشمولا لصحیح الحلبی ولم نقل باختصاصه بما اذا کان الاخبار عن حدس لاحس کماهو ظاهره - یقتضی تقیید اطلاق الطائفة الاولی بمفهوم الثالثة وتقیید اطلاق الثانیة بمنطوقها وبذلك یرتفع التعارض - وبماذکرناه یظهر ما فی کلام المحقق النائینی من حمل صحیح الحلبی علی الکراهة . کما انه یظهر اعتبار کون المخبر مؤتمنا - و الظاهر ان هذا هو مراد المصنف ره حیث قال ثم الظاهر اعتبار کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار .

(قوله قده وعلی کل تقدیر الحکم فیه بالصحة فلو تبین الخلاف الخ) اقول تبین الخلاف - تارة یکون بالنقیصة و اخری یکون بالزیادة فالکلام یقع فی مقامین (اما المقام الاول) فالاقوال والوجوه فیه خمسة - الاول- البطلان. الثانی - الصحة لزوما الثالث - الصحة مع ثبوت خیار الغبن -الرابع - الصحة مع ثبوت خیار الشرط -الخامس- الصحة مع ثبوت خیار تبعض الصفقة و تنقیح القول بالبحث فی موارد

١-٣- الوسائل باب ٥-من ابواب عقد البیع وشروطه حدیث ٤-٦

٢- الوسائل - باب ٤ من ابواب عقد البیع وشروطه حدیث ٢

(الاول) في انه هل يصح ام يكون باطلا (الثاني) في انه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم او الجواز (الثالث) في انه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط - اوخيار تبعض الصفقة - اوخيار الغبن .

اما المورد الاول فقد استدل للبطلان - بمغايرة الموجود الخارجي لماهو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية فماوقع عليه العقد لاوجودله - افرض خمسة امنان اذاتبين ان الموجود اربعة امنان - وماله وجودلم يقع عليه العقد - فلابد من البناء على البطلان (وفيه) ان العناوين على قسمين- احدهما - ماهومناط مالية الاشياء وهي الصورة النوعية من غيرفرق بين العقلية و العرفية - كعنوان الذهب - والعبد- و ماشابههما - ثانيهما - ماليس مناط المالية وانمايبذل الثمن بازاء المعنون كالكم الخاص والحد المخصوص - فان الثمن لايبذل بازاء هذا العنوان بماهو كعنوان المن - بل يبذل بازاء المعنون اي الاجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان وماذكرتم في القسم الاول وهو اجنبي عن المقام ولايتم في القسم الثاني فانه ينحل العقد الى العقد على كل جزء جزء فالمقدار الموجود لامانع من تاثير العقد فيه والمقصود ليس شيئا كي يؤثر العقد في تمليكه وهذا بخلاف القسم الاول فانه لاينحل العقدفيه الى العقدعلى ذات الموجود والعقد على عنوانه فان المادة المشتركة لامالية لها ولا يبذل المال بازائها - فالاظهر هي الصحة .

واما المورد الثاني فالاظهر هو الجواز لان التراضي لم يقع بالمبيع على كل تقدير والابطل البيع للغرر والجهالة-وسيجيء في المورد الثالث زيادة توضيح لذلك .

واما المورد الثالث فقدظهر مما ذكرناه في المورد الاول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة (واما) ثبوت خيار الغبن فلا وجه له لان ذلك انمايثبت فيمااذا بيع بازيد من القيمة السوقية وفي المقام ربمايكون بانقص منها كمالايخفى - لافي موارد تخلف المبيع جزء اووصفا (فما) في القواعد على المحكي من ثبوت خيار الغبن ان كان تسامحا في العبارة فلاكلام والافهوغير تام (واما) ثبوت خيار تخلف الشرط فانماهو فيما اذا وقع

البيع مثلا على شيء واشترط صريحا اوضمنا فى ضمنه شيء آخر بحيث لم يقع شيء من الثمن بازاء الشرط وان كان موجبا لازدياد قيمة المبيع والمقام ليس من هذا القبيل فان كل جزء من المبيع وقع بازائه جزء من الثمن وعليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بازاء الجزء المفقود وله الخيار بين الامضاء والفسخ بعد ذلك (ثم ان) الفرق بين هذه الاقسام من الخيار انه لو كان الثابت خيار تبعض الصفقة يرد جزء من الثمن ثم يتخير بين الفسخ والامضاء ولو كان هو خيار الشرط لا يرد شيء - ولو كان خيار الغبن يتخير بينهما مالم يبذل البايع التفاوت والافلا خيار له فتدبر .

واما المقام الثانى فمن التزم بالبطلان فى المقام الاول لابد له من الالتزام به في المقام ولكن عرفت فساده (فما) عن المبسوط من البطلان (ضعيف) ولا وجه لخيار الغبن كما تقدم - ولا لخيار التبعض لعدمه - ولا لخيار الشرط لما تقدم (ودعوى) ان العقد يؤثر فــى ملكية ذات المبيع و شرط و صف خاص مباين للموجود لا يوجب الا الخيار بين الفسخ والامضـاء بتمام الثمن - ونتيجة ذلك الصحة و كون الزيادة للمشترى وثبوت الخيار للبايع بين الامضاء بتمام الثمن والفسخ كما التزم به المصنف ره فى باب الشروط (مندفعة) بان شرط المقدار غير ساير الشروط كما تقدم فالعقد لا يؤثر الا فى المتقدر و الزايد باق على ملك البايع - ولذلك يثبت خيار تخلف الشرط للمشترى من جهة حصول الشركة بينه وبين البايع فى ما اشتراه- والشركة نقص بناء المتعاملين على عدمه فتدبر.

بيع الثوب والارض مع المشاهدة

(قوله قده مسألة قال فى الشرايع يجوز بيع الثوب والارض مع المشاهدة وان لم يمسحا الخ) وقد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفة الاجزاء كالثوب و الدار والغنم مع المشاهدة وادعوا ان عليها الاجماع (واورد) عليهم جمع منهم المصنف ره بانه يشكل الحكم بالجواز فى كثير من تلك الموارد لثبوت الغرر - وظاهر بعض الموردين وصريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر «اقول» الاظهر عدم الصحة

فی جمله من تلك الموارد ولو لم يلزم الغرر - و هی الموارد التی يباع الشیء بالعدو الذرع (اما) فی الاول فلماتقدم من دلالة الدليل علی اعتبار العد فی المعدود (و اما) فی الثانی - فلان العد بالذرع ايضاداخل فی حقيقة العد - ولافرق بين ان يقال جوزة وجوزتان وان يقال ذرع وذرعان ومجرد كون - الاول من قبيل الكم المنفصل - والثانی من قبيل الكم المتصل لايصلح فارقا (نعم) ماذكروه يتم فيما يباع لابالعد ولابالذرع فانه يصح البيع ان لم يلزم الغرر - كمافی العباء فان كل طاقة منه لهاقيمة وهی مناط ماليته كانت اربعة اذرع اوازيد اوانقص فتدبر.

بيع بعض من متساوية الاجزاء

(قوله قده مسألة بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان الخ) الوجوه المتصورة ثلاثة .

الاول ان يكون المراد بالصاع الكسر الواقعی المشاع من الجملة مقدرا بالصاع فلو كانت الصبرة عشرة اصوع كان المبيع عشرها - فيكون الصاع ملحوظا مرآة الی الكسر المشاع المساوی للصاع - وقداوضحنا حقيقة الاشاعة فی اول مسألة بيع نصف الدار - لااشكال فی صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثال - وبين بيع عبد من عبدين و من غير فرق بين اختلاف العبدين والاصوع فی القيمة و عدمه - ومن غير فرق بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه لتقدر الكسر بالصاع - و العلم بنسبته الی المجموع لايكون معتبرا (وعن) العلامة ره الاشكال فی صحة بيع عبد من عبدين اوشاة من شاتين لو قصد الاشاعة.

وغاية ماقيل فی توجيهه - امران - (الاول) منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاة - و الحال انه كما يعتبر فی الا نشائيات كون الا نشاء بما هو ظاهر اوصريح فی ماقصد من المعاملة - يعتبر ذكر متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه (وبهذا يظهر) ان ماذكره المحقق النائينی ره من الجواب عن هذا الوجه بانه ليس الكلام فی مقام الاثبات كی يدعی عدم الظهور وانصراف المطلق الی بعض افراده بل فی مقام الثبوت (غير تام)

- و كيف كان فيرد عليه - انه لادليل على اعتبار ذكر متعلق القصد فضلا عن اعتبار ذكره بلفظ ظاهر فيه وعليه فمع العلم بارادة الكسر المشاع لايضر عدم ظهور اللفظ فيه (الثانى) ان العبدين او الشاتين بما انه لا وحدة لهما حقيقة فوحدتهما تصحيحا لبيع جزء مشاع منهما انما تكون بالاعتبار (وحيث) انه لا انشاء له غير انشاء البيع فيلزم تكفل انشاء واحد لامرين - تنزيل الشيئين منزلة الشىء الواحد - وبيع الكسر المشاع فى المجموع (وفيه) ان اعتبار الوحدة لايحتاج الى الانشاء كى يلزم ذلك فالاظهر هى الصحة فى هذا المثال ايضا .

الثانى من الوجوه المتصورة ان يراد به بعض مردد بين مايمكن صدقه عليه من الافراد المتصورة فى المجموع - وهو على قسمين - احدهما - مايكون له واقع معين ويكون مرددا عند المتبايعين - ثانيهما - مالايكون معينا ولو فى الواقع - اما فى القسم الاول - فان كان المصاديق مختلفة فى القيمة بطل البيع للغرر - وان كانت متفقة فيها صح البيع .

(وقد استدل) للبطلان بالجهالة التى تبطل معها البيع اجماعا (وفيه) ان الجهالة غير الموجبة للغرر لادليل على مبطليتها و الاجماع عليها ان كان ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم - و اما فى القسم الثانى - فالاظهر هو البطلان (لا) للغرر لما تقدم (ولا) للجهالة لما تقدم ولان المردد لاتعين له فى الواقع حتى يجهل (ولا) لان الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كساير الصفات الموجودة فى الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامها به - فانه يرد عليه ما ذكره المصنف ره بان الملكية امر اعتبارى وليست صفة وجودية متاصلة كالسواد (بل) لان المردد من حيث هو لا مهية له ولا تحقق وهو صرف مفهوم لامطابق له - والملكية وان كانت امرا اعتباريا - الا انها هوية تعلقية ومتقومة بطرفها ويستحيل ان تتحقق فى افق الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها فهى لايعقل تعلقها بالمردد وبعبارة اخرى انه لامطابق له فى الخارج فلا ينطبق على مافى الخارج فلايصح اعتبار كونه مملوكا لعدم الاثر فبيع المردد بهذا المعنى باطل.

الثالث من الوجوه المتصورة ان يكون المبيع هو الكلى فى المعين - والكلام

فيه يقع في جهتين (الاولى) في تصويره (الثانية) في حكمه .

اما الاولى فليس المراد به الكلي الذمي المقيد بالوفاء من الصبرة المعينة بحيث ينحل العقد عليه الى العقد على الكلي الذمي و اشتراط وفائه و ادائه من الصبرة الخاصة. فان لازم ذلك انه لو تلفت الصبرة يكون البيع باقيا مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط-مع- ان الحكم في الكلي في المعين انه لو تلفت الصبرة يكون ذلك في حكم تلف المبيع و موجبا لانفساخ العقد-مع- ان لازمه جواز نقل الصبرة باجمعها الى الغير ولا يلتزمون به في الكلي في المعين-وايضا- لازمه جواز اداء المبيع من غير الصبرة غاية الامر يثبت خيار تخلف الشرط للمشتري ولا يلتزمون به في المقام (كما) انه ليس المراد به الكلي الموجود خارجا في الصبرة - فان وجود الكلي بوجوده افراده فمع تعدد الافراد اما ان يقع العقد على احدها المعين -او غير المعين- او على جميع الوجودات - ولا رابع ليكون هو الكلي في المعين - و صرف الوجود بمعنى ما لا يشذ عنه وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدودة - وبمعنى الناقض للعدم ليس له مصداق حقيقة فان كل وجود بديل عدم نفسه .

بل المراد به- هو الكلي المقيد بالصبرة الخارجية (توضيح ذلك) ان الكلي كما يمكن تقييده بكلي آخر ويكون القيد و المقيد كليا ثالثا اضيق من الاولين كالحنطة المقيدة بان تكون من محل مخصوص وبلد خاص كذلك يمكن ان يقيد بالموجود الخارجي المشتمل على افراد كالصبرة الموجودة في الخارج فيكون المجموع كليا ينحصر افراده في الموجود الخارجي.

واما الثانية فقد استدل لفساد البيع في هذه الصورة - بلزوم الغرر- و بالجهالة وبانه لم يعهد ملك الكلي في غير الذمة- وباتفاقهم على تنزيل الارطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة (ولكن) يمكن دفع الجميع- اما الاول فلعدم لزومه مع تساوي الافراد من حيث القيمة - واما الثاني فلما تقدم من عدم مانعية الجهل من حيث هو (مع) انه لا جهالة هناك فان المبيع كلي و معلوم -واما الثالث فلان عدم المعهودية ممنوع كيف

و هو معهود فی الوصية و الاصداق ـ مع ـ انعدم المعهودية لايصلح دليلا للمنع ـ واما الرابع ـ فلان حمل الكلام على معنىلظهوره فيه او للتعبد لايستدعى بطلان غيرهلوصرح بارادته ـ وبعبارة اخرى ـ انهيدلعلى الحمل على الاشاعة اذالم يحرز المراد ـ ومحل الكلام مالواحرزان المراد هوالكلى فی المعينفالاظهر صحته

قولهقدهولعل الدائرةفى الشرع اضيقوان كانبين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين الخ)تقريب كون النسبةعموما من وجه انه اذا اتحدت القيم فی المحتملات لايكون هناك غرر عرفیويكون الغرر شرعيا ـ وقد يكون الغرر العرفى موجوداولاغرر شرعى كمافى بيع الابقمع الضميمةـ وقديجتمعانوهو كثير (وحيث) ان مورد اذنالشارع فىالبيع معصدق الغرر العرفى قليل ـ فلذا قال لعل الدائرة فى الشرع اضيقفتدبر .

(**قولهقده لواتفقا على انهما اراداغيرشايع الخ**)لايخفیانهبعدانذكرصورتين من بيع متساوية الاجزاء ونسبالى المشهور المنع فیاحداهما والجوازفیالاخرى قال لواتفقا علىانهما اراداغيرشايع ـ ومراده اتفقاعلىانهما لميريدا الكسر المشاع وحيث انارادة الكلىفى المعين مفروضعدمها فيتمحض فیارادة الفرد المنتشرفلذا افتى بعدمصحة البيع .

(**قوله قده ولو اختلفا و ادعى المشترى الاشاعة الخ**)اى انهما ارادا لاشاعة لاخصوص المشترى و الافيبطل العقد لعدم التطابق بين الايجاب والقبولـو كيفكان ففیمورد الاختلاف مقتضى اصالة الصحة البناء على صحة العقد مالميكن هناك لفظظاهر فیارادة الفرد المنتشر والا فلعدم صلاحية اصالة الصحة التىهى من الاصول التعبدية لمعارضة الظهور الذى هومن الامارات يبنىعلى البطلان(فما)افاده المصنف رهمنتقييدالحكم بالصحة عملاباصالةالصحةـ بصورةعدم الظهور فىالمعين (هو الصحيح) و اظن انالعلامة رهلايدعى الحكم بالصحة فیهذهالصورة .

(**قولهقدهواما اصالةالتعيينفلم اتحققهاالخ**) والوجه فيهان التعيين انما يكون

فى مقابل الاشاعة وقصد احدهما يضادقصد الاخر فمع العلم بقصد احدهما - اصالة عدم التعيين تعارض اصالة عدم الاشاعة - نعم - لوكان التعيين عبارة عن الاشاعة متخصصة بمعين - كان قصد الاشاعة متيقنا وقصد التعيين مشكو كافيه وكان يجرى اصالة عدم التعيين فتامل .

(قوله قده وفيه نظر) الظاهر ان وجه النظر ما تقدم من ان اصالة الصحة من الاصول التعبدية فلا تصلح لمقاومة الظهور الذى هو من الامارات - اوانه وان كانت هى من الامارات الان طريقيتها واماريتها انما تكون فى ظرف عدم الظهور فتدبر .

اذا باع صاعا من صبرة

(قوله قده مسألة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة الخ) ولا يخفى انه لافرق فى هذه المسألة بين مالو كان هناك قصد معين واريد تعيينه بظاهر اللفظ - وبين مالم يكن قاصدا الا لمفهوم هذا اللفظ (ثم انه) وان كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساويه الاجزاء اربعة - الا انه - حيث تكون النكرة والفرد المنتشر ماخوذا فيها خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجرد الطبيعى فتحتاج ارادة احدهما الى قرينة ودال آخر ومع فقد ذلك لامحالة يدور الامر بين ارادة الكسر المشاع - اوالكلى فى المعين .

اللهم الا ان يقال ان المصنف ره يدعى ان مقتضى الوضع هو الفرد المنتشر لكن ستعرف عدم تماميته واما بناء على مسلك المصنف ره فلعل وجه حصره الوجوه فى الوجهين ماذكره من ان احتمال ارادة المنتشر يدفع باصالة الصحة - وكيف كان - فالكلام يقع اولا فيما يستفاد من اللفظ بحسب الظهور ثم فيما يقتضيه النص الخاص .

اما الاول فالمشهور بين الاصحاب الحمل على الكلى فى المعين وتوضيح المقام - ان الصاع كساير الفاظ اسماء الاجناس موضوع لطبيعى المعنى - وهو المقدار الخاص مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات - و تنوينه اما ان يكون تنوينا للتمكن

ومجرد انحفاظ المادة في ضمن حركة اعرابية - اويكون للتنكير - وعلى الاول لايزيد على الطبيعى شيء والثاني وان كان يتوهم ظهوره فـي الفرد المنتشر كما فى المتن - حيث ادعى المصنف ره ظهوره فى ارادة الفرد المنتشر اذلاوجه لهسوى ذلك - الاانه يمكن ان يقال ان المراد به مجرد عدم التعيين لاالنكرة المصطلحة - واما كلمة من فهى للتبعيض فمفاد هذه الجملة ارادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة الامن جهة كونه بعضامن الصبرة الموجودة فى الخارج فظاهرها هو الكلى المتقيد بالموجود الخارجى المشتمل على افراد خارجية وقدعرفت ان هذا هو الكلى فى المعين - وبعبارة اخرى - ان ظاهرها ارادة صاع من الحنطة الذى هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة فى الخارج وهذا هو الكلى فى المعين - اذالكسر المشاع بعض من الجميع لاالمجموع (مضافا) الى ان ارادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر وهو اخذ الصاع مرآة وطريقا و معرفا للعشر او الثمن اونحو ذلك وهذا بخلاف حمله على الكلى فى المعين فانه يكون الصاع بنفسه وعنوانه مبيعا - هذا كله بناء على مسلك المشهور فى الكسر المشاع واما بناء على ان الكسر المشاع عبارة عن ملكية تمام المال بالملكية الناقصة كما عرفت فى مسألة بيع نصف الدار فحمل العبارة المذكورة على الكلى فى المعين فى غاية الوضوح كما لايخفى .

واما النص وهو صحيح (١) بريد المنقول فـى المتن فهو ايضاً يشهد بالحمل على الكلى فى المعين فانه لو كان المبيع كسرا مشاعـا كان الباقى مشتركا بين البايع والمشترى غاية الامركان ينفسخ البيع بالنسبة الـى المقدار التالف - فالحكم بكون الباقى للمشترى خاصة آية الحمل على الكلى فى المعين (لايقال) انه يلائم مع الفرد المنتشر ايضاً (فانه يقال) انه بعد ماعرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر وعدم امكان تصحيحه ولو بالتعبد يتعين حمل الخبر على الكلى فى المعين .

١ - الوسائل باب ١٩ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

ثمرات كون المبيع كليا فى المعين اومشاعا

(قوله قده ثم انه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا امور احدها كون التخيير فى تعيينه بيدالبايع الخ) المشهور بين الاصحاب هوذلك وخالف القوم المحقق القمى ره وذهب الى انالتخيير فى تعيينه بيدالمشترى - والظاهر - انمنشأ مخالفته للقوم قياسه تمليك الكلى فى المعين - بالامر بالطبيعة و المشترى بالمامور - فكما انهناك يكون التخيير فى تعيين الفرد بيدالمأمور كك التخيير فيه فى المقام انمايكون بيدالمشترى، (وفيه) انالامر بامره يصير مالكا لفرد من الطبيعى على المامور وفى المقام يصير المشترى مالكا على البايع فكان الحرى قياس المشترى فى المقام بالامر هناك فكما انه ليس اختيار الفرد هناك بيدالامر كك هناليس بيدالمشترى (وبالجملة) اذاكان البايع مملكا للكلى فى المعين يصير المشترى مالكا للطبيعى دون الخصوصيات فليس له حق فى الخصوصيات ليعين بعضا منها لنفسه فلا محالة يكون الخيار بيدالبايع - و هذا بخلافه على الاشاعة فان المال يكون مشتركا بينهما فليس لاحدهما التعيين الامع رضا الاخر .

(قوله قده ومنها انه لو تلف بعض الجملة وبقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشترى فيه الخ) والوجه فى ذلك انه مع بقاء مصداق واحد للكلى لايكون الكلى تالفا بل هو موجود وحيث انه لاتعدد لمصداقه لامحالة يكون حق المشترى منحصرا فيه - ويكون نظير مالو امر بطبيعة وانحصر مصداقها فى فرد واحد فانه يتعين كونه مأمورابه - وهذا بخلافه على الاشاعة فان كل ماتلف يكون مشتركا بينهما وكك الباقى.

(قوله قده ومنها انه لو فرضنا ان البايع بعد ماباع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا الخ) وقدذكروا فى وجه تعين الصاع الباقي للمشترى الاول ويكون المبيع بالنسبة الى الثانى من قبيل ماتلف قبل قبضه امرين .

الاول ماافاده المصنف ره (وحاصله) ان البايع بعدماباع صاعا من الصبرة التى

هى عشرة اصوع يكون مالكا لتسعة اصوع فالمبيع الثانى يكون ساريا فيما يملكه البايع فاذا تلف ماعدا الصاع فقد تلف جميع ماكان الكلى ساريا فيه فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض (وفيه) ان تسعة اصوع المالك بعد البيع الاول لاتميز لها واقعا كى يكون سريان الصاع المبيع ثانيا فيها - وبعبارة اخرى - كل من المبيعين يكون كليا قابلا للانطباق على كل فرد من افراد الصبرة و مادام لم يتلف ماعدا الصاع الواحد يكون كل منهما على حد سواء فى التطبيق على كل فرد منها ولا امتياز لاحدهما على الاخر فبعد التلف ايضا يكون هذه النسبة باقية - وان شئت قلت ان الاولية انما تكون فى المبيع وهو الكلى لافى التطبيق على الفرد .

الثانى ما افاده المحقق النائينى ره وهو - انه اذا لم يبق الامقدار حق احد المشتريين فحيث ان المشترى الاول سابق على الثانى فى المعاملة فهو سابق فى صرف الطبيعى الى نفسه و جره الى ملكه وجعله منطبقا على الصاع الباقى ويزاحم الاخر فى صرف الوجود من الطبيعى (وفيه) انه اذا كان هناك تزاحم فى بادى الامر كان ما ذكر متينا كما لو فرضنا انه لم يكن له الاصاع من الصبرة - واما اذا لم يكن التزاحم الابقاء فمن حين حدوث التزاحم لا اولوية لاحدهما على الاخر اذ التقدم يكون فى الحدوث وفى ذلك الحين لم يكن تزاحم (وعليه) فالاظهر انه لاترجيح لاحدهما على الاخر فالباقى بما ان نسبته اليهما على حد سواء فيحكم بان لكل منهما نصفا منه و بالنسبة الى النصف الاخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

(قوله قده و ان قبض فى ضمن الباقى - حصلت الشركة الخ)

صور الاقباض اربع (الاولى) ان يعين الكلى فى فرد و يقبضه المشترى (الثانية) ان يقبضه المجموع بعد تعيين الكلى المبيع فى الكسر المشاع (الثالثة) ان يقبضه المجموع بان يكون كل واحد منها وفاء والكليات الاخر امانة (الرابعة) ان يقبضه المجموع بعنوان الامانة حتى يعين حصة الكلى فيما بعد (لاشكال) ولا كلام فى الصورة الاولى فانه لو تلف المقبوض يحسب على المشترى - كما - لاينبغى التوقف فى حكم الصورة الثانية - وانه يحسب التالف عليهما بالنسبة لان التعيين بيد البايع من غير فرق بين ان يكون بنحو

الافراز او الاشاعة ـ واما الصورة الثالثة ـ فان تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض واما ان تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما فان المبيع بعد القبض على كليته من دون ان يكون متعينا في فرد بنحو الافراز او الاشاعة فاذا كان الباقي بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلي تالفا لقابلية تطبيقه على هذا الفرد ـ واما الصورة الرابعة ـ فبالنسبة الى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة ـ واما بالنسبة الي الاقباض الذي اثره انه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض ـ فالظاهر ايضا اتحاد حكمها مع الصورة السابقة اذ لا يعقل ان يكون مال الشخص امانة عنده فلا محالة يكون اقباضا .

الفرق بين الاستثناء والبيع

(قوله قده وانما الاشكال في انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها ارطالا معلومة الخ) محصل الاشكال ـ ان الاصحاب في مسألة استثناء الارطال افتوا بانه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه ـ ولازم ذلك الحمل على الاشاعة وح فيقع الاشكال في الفرق بين المسألتين حيث ان ظاهرهم في مسألة الارطال الحمل علي الاشاعة وفي المقام الحمل علي الكلي في المعين ـ وايضا ـ فان لهم في مسألة الارطال فتويين لا تلائمان مع الاشاعة ـ احداهما ـ انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البايع في الباقي ـ ثانيتهما ـ استقلال المشتري في التصرف وقد ذكروا في مقام الفرق وجوها ـ وقد ذكر المصنف ره جملة منها مع ما يرد عليها فلا حاجة الى الاعادة .

ومنها ما افاده المصنف ره في آخر كلامه (وحاصله) ان المستثنى كما يكون كليا ـ كك يكون عنوان المستثني منه الذي انتقل الى المشتري كليا بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع ـ فكل منهما مالك للكلي ونسبة الموجود الى كل منهما على حد سواء فتخصيص احدهما به ترجيح بلا مرجح فيكون نسبة التالف اليهما على حد سواء فيحسب عليهما ـ واما في البيع فان المبيع وان كان كليا الا ان مال البايع لم

يلاحظ بعنوان كلي (وفيه) اولا ان الخصوصيات اما ان تكون باقية على ملك البايع في مسألة الاستثناء - اوتكون داخلة في ملك المشترى-فعلى الاول حكم المشترى في المقام حكمه في تلك المسألة فلاوجه لحساب التالف عليه- وعلى الثاني كان حكم المشترى هناك حكم البايع في المقام فلاوجه لحساب التالف على البايع - وثانيا - ان ظاهر بيع المجموع الامقداراً منها بيع الموجود الخارجي لاالكلي -وثالثا- انه لايرتفع بذلك اشكال استقلال المشترى في التصرف - كما لايرتفع به اشكال انه لوتلف بتفريط المشترى كان حصة البايع في الباقي كمالايخفى .

ومنها ماافاده المحقق النائيني ره- وهو ان المبيع في بيع الصاع كلي ولايملك المشترى من الخصوصيات شيئا فمادام يكون صاع من الصبرة موجودا لاوجه لحساب التالف عليه - والمبيع في مسألة الاستثناء ايضا وان كان كليا الاان البايع يملك الكلي مع الخصوصية فاحتساب التالف على المشترى لاوجه له بل يحسب عليهما - ومقتضى استحقاقه الكلي ان يستحق الباقي لواتلف المشترى مقدارا من الثمرة لان حقه لم يكن مشاعا في مال المشترى حتى يستحق القيمة وعلى هذا يرتفع اشكال جواز تصرف المشترى في الثمرة بلارضا من البايع لانه لم يكن شريكا معه بعنوان الاشاعة (و فيه) ان البايع ان كان مالكا لجميع الخصوصيات كان المشترى كالمشترى في مسألة شراء الصاع لاوجه لحساب التالف عليه و ان ملك بعض الخصوصيات بنحو الاشاعة عاد سؤال الفرق - وان ملك بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البيع كماتقدم .

ومنها ماافاده المحقق الاصفهاني ره(وحاصله) ان ظهور الصاع في بيع الصاع من الصبرة في الكلي في المعين لامزاحم له وظهوره فيه في مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الاستثناء في كونه متصلالا منقطعا وهوا قوى فلا محالة يكون المستثنى جزئيا اخرج من الجزئيات-و حيث- ان الجزئي المفروز اما مجهول او مردد والاول باطل والثاني محال فلا بد من حمله على الجزئي بجزئية منشأ انتزاعه و هو الكسر المشاع (وفيه) مضافا -الى انه بهذا لايرتفع اشكال استقلال المشترى في التصرف -وانه لو

تلف المجموع بتفريط من المشتري كان حصة البايع فى الباقى- ان استثناء الكلى ن المجموع ليس استثناء منقطعا بل يكون متصلا لان الاستثناء المتصل هو مالو اخرج شيء لو لم يكن استثناء كان داخلا فى المستثنى منه وفى المقام كك .

فالحق ان يقال ان المستثنى فى مسألة الارطال ايضا كلى- واذا يكون المشترى مستقلا فى التصرف - ولكن حيث انه لا اشكال عند العرف فى انه لو تلف المجموع الامقدار المستثنى ليس ذلك للبايع خاصة- يستكشف من ذلك ان المستثنى هو الكلى ذو مراتب و يكون الاستثناء فى قوة استثناءات عديدة متنازلة شيئا فشيئا فمجموع الارطال تكون مستثناة مع بقاء مجموع الثمرة- وشيء منها نسبته الى الباقى نسبة المجموع الى المجموع مع تلف شيء منه وعدم الاستثناء مع تلف الجميع- وبعبارة اخرى- ان المستثنى هو الكلى المتقدر بالكسر المشاع كعنوان العشر مثلا فكلما تلف يحسب عليهما لامحالة ومع ذلك يستقل المشترى بالتصرف ولايلزم من ذلك غرر فان المستثنى متعين وهو عشر المجموع مثلا (و اما) وجه انه لو تلف البعض بتفريط المشترى كان حصة البايع فى الباقى- فالظاهر -انه يكون هو الشرط الضمنى لبناء المتعاملين على ذلك كما لايخفى .

اقسام بيع الصبرة

(قوله قده قال فى الروضة تبعا للمحكى عن حواشى الشهيد ان اقسام بيع الصبرة عشرة الخ) لايخفى انه اذا كانت الصبرة معلومة المقدار صح بيعها فى اربعة اقسام- احدها- بيع جميع الصبرة -ثانيها- بيع جزء معلوم منها كالعشر -ثالثها - بيع صاع اوصيعان منها مع العلم باشتمالها على هذا المقدار - رابعها- بيع الصبرة جميعها كل صاع منها بكذا - اذا لمثن فى هذه الاقسام كالثمن معلوم- وبطل فى القسم الخامس- وهو بيع كل صاع منها بكذا لان المبيع ح غير معلوم فيكون البيع غرريا - لصلاحية انطباق كل صاع بكذا على الواحد والزيادة (وعن) المحقق النائينى ره انه يظهر مما

افاده العلامة ره فى بعض كتبه من صحة الاجارة لو قال الموجر آجرتك الدار كل شهر بكذا فى الشهر الاول لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر يقينا ـ صحة البيع فى المقام بالنسبة الى صاع واحد (وفيه) مضافا الى فساد المبنى كما نبه هو عليه من جهة ان تردد متعلق العقد بين الاقل والاكثر يقتضى الجهل به ـ انه لو تم لما امكن البناء على الصحة فى المقام ـ اذ فى الاصل يدعى ان اجارة الشهر الاول متيقنة وذلك الشهر ممتاز عما عداه واما فى الفرع فلا يمكن ان يقال ان بيع الصاع الواحد متيقن ـ فانه ان اريد به الواحد الشخصى فهو لتردده بين الافراد لا يصح كما تقدم ـ وان اريد به الكلى فى المعين فهو غير متيقن اذ لو اخذ المشترى تمام الصبرة لم يقع العوض فى مقابل الكلى فى المعين بل وقع بازاء الاشخاص الخارجية ـ فالاظهر هو البطلان فى هذا القسم .

و اما اقسام بيع الصبرة المجهولة المقدار فلا كلام فى بطلان بيع ثلاثة اقسام منها ـ وهى ـ بيع جميع الصبرة ـ وبيع جزء معين منها كالعشر ـ وبيع كل صاع منها بكذا ـ كما لا اشكال فى صحة بيع مقدار معين منها كالصاع مع العلم باشتمالها عليه ـ انما الكلام وقع فى موردين (الاول) فى حكم القسم الاخير مع عدم العلم باشتمال الصبرة عليه (الثانى) فى حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا ـ الذى حكمنا فيه بالصحة فى المعلومة .

اما المورد الاول فعن القواعد والتذكرة و حواشى الشهيد والروضة وغيرها البطلان ـ و عن ظاهر الدروس و اللمعة الصحة ـ والاظهر هو الاول للغرر ـ وغاية ماقيل فى وجه الصحة ومنع الغرر ان بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن فما كان من المبيع موجود ا يصح البيع بالاضافة اليه وما لم يكن موجودا بطل بالقياس اليه وثبت للمشترى خيار تبعض الصفقة (وفيه) انه لو سلم ارتفاع الغرر بذلك ـ لما كان مجديا بعد اعتبار معلومية كيل المبيع اووزنه ان كان مكيلا اوموزونا ـ مع ـ ان ارتفاع الغرر غير ثابت فانه وان ارتفع من حيث المالية

الا انه لا يرتفع من حيث الغرض المعاملي وبعبارة اخرى الجهل بوجود المبيع غرر عرفا كما لا يخفى فالاظهر هو الفساد .

واما المورد الثاني فالمشهور على مانسب اليهم البطلان -وعن الشيخ في الخلاف انه لامانع منه والاصل جوازه وعن الكفاية انه غير بعيد-واستدل للصحة -بان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن مما يمكن ان يعرف بان يكال الصبرة ويوزع الثمن على قفزاتها (وفيه) ان المعلومية بالمشاهدة لاتكفى فيما يعتبر في صحة بيعه الكيل او الوزن -مع-انه يلزم الغرر-فالاظهر هو البطلان .

في كفاية مشاهدة العين سابقا

(قوله قده مسألة اذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها فان اقتضت العادة الخ) لااشكال في صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ماهي عليه -كما لااشكال في الفساد مع قضاء العادة تغيرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر -انما الكلام في موردين - الاول- في انه لو اقتضت العادة التغير هل يمكن تصحيح العقد باخبار البايع او الاشتراط في ضمن العقد ام لا-الثاني- في حكم مالو احتمل الامران .

اما الاول فالظاهر صحة البيع مع اخبار البايع اذا كان مؤتمنا - او اشتراط تلك الصفات في ضمن العقد-اما مع اخبار البايع - فللنصوص (١) الواردة في اخبار البايع بالكيل او الوزن المتقدمة بناءا على الغاء خصوصية موردها و التعدى الى ساير الخصوصيات التي يكون الجهل بها موجبا للغرر - و اما مع الاشتراط فلارتفاع الغرر به .

واما المورد الثاني فقد افاد المصنف ره انه جاز الاعتماد على اصالة عدم التغير و البناء عليها في العقد فيكون نظير اخبار البايع بالكيل او الوزن لان الاصل من الطرق التي

١- الوسائل -باب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه

يتعارف التعويل عليها (وفيه) ان الغرر لا يرتفع بالاصل- وان شئت قلت انه انما يجرى الاستصحاب فيما كان الاثر مترتبا على المتيقن- واما بالنسبة الى اثر العلم فلا يكون الاستصحاب مفيدا بالاضافة اليه فان الاستصحاب ان جرى و حكم ببقاء الحالة السابقة مع تحقق الشرائط من اليقين السابق و الشك اللاحق و ثبوت الاثر للمتيقن - يترتب عليه آثار العلم التى تكون مترتبة عليه من حيث انه موجب للجرى العملى على طبق الحالة السابقة دون غيرها واما اذا لم يكن هناك اثر للمتيقن فلا يجرى كى يقوم مقام القطع فى تلك الاثار - وفى المقام ان ارتفاع الغرر بما انه من آثار العلم فلا يترتب على الاستصحاب (مضافا) الى انه من آثار العلم بما هو طريق لا بما انه مقتض للجرى العملى - و عليه - فلا يفيد الاستصحاب فى المقام (ولكن) مع ذلك يمكن تصحيح العقد بان ايقاع المعاملة على العين المرئية سابقا يكون له ظهور عرفى فى اشتراط وجود تلك الصفات و ليست هى من قبيل الا و صاف التى لا دخل لها فى العقد كى لا يكفى مجرد البناء بل هى من قبيل الاوصاف التى تقع المعاملة مبنية عليها التى هى بمنزلة الاوصاف المذكورة - ولا اشكال فى ارتفاع الغرر بذلك - اللهم الا ان يقال ان ارتفاع الغرر من حيث المالية بذلك وان كان لا اشكال فيه كما فى ساير موارد الاشتراط - الا ان الغرر من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع به - فتامل.

(قوله قده وكيف كان فاذا باع اواشترى برؤية قديمة فانكشف التغير تخير المغبون الخ) قد عرفت ان صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث (الاولى) العلم العادى ببقاء تلك الصفات (الثانية) اخبار البايع بها (الثالثة) ايقاع المعاملة مبنيا عليها.

اما فى الصورة الاولى والثانية - فالاظهر صحة العقد و لزومه اما الصحة فلما تقدم - واما لزومه فلانه لا موجب للخيار لا خيار الغبن لان ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية اونقصها - ولا خيار الرؤية لما سياتى من اختصاصه بما اذا اشترط الوصف - ولا خيار الشرط لعدمه - ولا غير ذلك وهو واضح -

واما فى الصورة الثالثة فالاظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم (وما) عن العلامة ره

من احتمال البطلان (يمكن) ان يكون مدركه احد امور (الاول) ماافاده المصنف ره من ان العقد اذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته والا فلا وجه للخيار (الثانى) ان المعتبر فى صحة العقد عدم كونه بنفسه غرريا والاشتراط لا يرفع غررية البيع (الثالث) ان الشرط الذى لم يذكر فى العقد لا عبرة به - والكل كما ترى - اما الاول - فللنقض بجميع الشروط - وللحل فان الشرط التزام فى ضمن التزام وسيأتى توضيح ذلك فى محله - واما الثانى - فلان الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع و عدم كونه غرريا - واما الثالث - فلان الشرط غير المذكور فى العقد على قسمين - الاول - ما يقع العقد مبنيا عليه ويكون له ظهور عرفى فيه - الثانى - ما لا يكون كك وما ذكريتم فى الثانى من جهة انه فى باب العقود والايقاعات لا عبرة بالبنائات القلبية مالم تبرز - ولا يتم فى الاول - اذ لا يعتبر فيها غير الابراز شيء آخر من كون الابراز بالدلالة المطابقية لا الالتزامية فتدبر فالاظهر هى الصحة والخيار .

حكم مالو اختلفافى التغير

(قوله قده فرعان الاول لو اختلفا فى التغيير فادعاه المشترى الخ)

مورد الكلام فى هذا الفرع مالو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد وكان الاختلاف فى انها هى الصفات المرئية او ان الصفات المرئية كانت غيرها (لاما) لو اتفقا على الصفات المرئية وكان الاختلاف فى انها كانت باقية الى حين العقد ام لا - فانه فى هذه الصورة يجرى استصحاب بقائها على ما كانت عليه وهو حاكم على جميع الاصول المفروضة (ثم ان) الغرض من الاصول التى تمسك بها المصنف ره تشخيص المدعى عن المنكر - واما - انه على فرض كون المشترى منكرا يثبت له الخيار فهو انما يكون بموازين باب القضاء من اليمين و البينة(فايراد)المحقق الخراسانى ره على المصنف بان الخيار لا يثبت بالاصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به فى غير محله .

ثم ان جل الاساطين ذهبوا الى ان القول قول المشترى - و استندوا فى ذلك الى وجوه (الاول) ان المشترى هو الذى ينتزع منه الثمن ولاينتزع منه الا باقراره او بينة تقوم عليه - وليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقة المشترى بالثمن بناء على ان الخيار من مراتب العلقة الملكية التى كانت قبل البيع اذ المبنى فاسد لان الملكية من سنخ الوجود و ليست ذامراتب - بل المراد به ظهور اليد فى كون المشترى مسلطا على الثمن بالتصرف فيه و لو بالفسخ فح ان كان الثمن بيده فلا كلام والا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن (وفيه) ان يد المشترى على الثمن بعد المعاملة يد امانية وليست امارة تسلطه عليه و ادعاء المشترى تسلطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

ثم ان المصنف ره بعد هذا الجواب قال الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفى فى سلطنة البايع الخ (وحاصله) انه بناء على ما ذكره العلامة ره فى التذكرة من ان البايع لا يكون مسلطا على تسلم الثمن فى زمان الخيار كما ان المشترى لا يكون مسلطا على تسلم المثمن فى ذلك الزمان - يصير البايع مدعيا والمشترى منكراً لموافقة قوله للاصل من وجه آخر - وهو انه مع الشك فى ثبوت الخيار يشك فى حدوث سلطنة كل من البايع و المشترى و الاصل عدمها فمقتضى الاصل عدم تسلط البايع على تسلم الثمن من المشترى فاذا صار المشترى منكراً ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء - ثم قال انه لا مدفع لهذا الاصل الا اصالة عدم سبب الخيار .

والحق فى الجواب عن هذا الوجه ما افاده المصنف ره فى مبحث الخيارات بقوله انى لا اجد لهذا الحكم وجها معتمداً ولم اجد من عنونه وتعرض لوجهه - ولا ينافيه ما افاده فى مبحث خيار المجلس بما حاصله انه لو قلنا بوجوب التقابض فى عقد الصرف والسلم - فثمرة الخيار واضحة وهى عدم وجوب التقابض كما توهمه المحقق النائينى ره فان الظاهر ان مراده انه لو ثبت الخيار حيث ان له الفسخ لو فسخ لما وجب التقابض و هذه ثمرة الخيار لانه لا يجب التقابض مع عدم الفسخ .

واما تفصيل المحقق المذكور بين الخيارات الزمانية وغيرها - وانه يتم ما افاده

العلامة ره فى القسم الاول دون الثانى من جهة ان حقيقة الخيار فى القسم الاول عبارة عن كون امر العقد بيدذى الخيار فجميع آثاره تحت تصرفه ومنها التسليم والتسلم - و امافى القسم الثانى فحقيقته عبارة عن ثبوت حق الاسترداد مالم يصل الى ذى الخيار عوضه فالخيار ابتداء لايرجع الى العقد بل ثانيا فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على ادلة سلطنة الناس على اموالهم فيجب علي المشترى تسليم الثمن وان جازله استرداده بعده (فغير تام) فان حقيقة الخيار فى القسمين واحدة و هى ملك فسخ العقد و اقراره ولايؤثر هذا الامن حين وقوعه فيرفع اثر البيع لانه يكشف عن عدم صحة البيع من الاول ولذا يجب التسليم فى القسمين مالم يتحقق الفسخ فتدبر.

الوجه الثانى ان البايع يدعى علم المشترى بهذا الوصف الموجود والرضا به والمشترى ينكره والاصل مع المشترى ذكره العلامة فى محكى التذكرة (واجاب) عنه المصنف ره بجوابين (احدهما) ان المشترى يدعى علمه بالوصف الاخر الذى يدعيه الذى هو منشأ ثبوت الخيار لتخلف الوصف و الاصل عدمه فالبايع يكون منكرا والمشترى مدعيا (ثانيهما) ان الشك فى علم المشترى بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك فى وجود غير هذا الوصف سابقا فاذا انتفى غيره بالاصل الذى يرجع اليه اصالة عدم تغير المبيع لم تجر اصالة عدم علمه بهذا الوصف (اقول) فى الاستدلال وجوابى المصنف ره نظر (اما الاول) فلان اصالة عدم علم المشترى بالوصف الموجود لاتثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الاخر الاعلى القول بالاصل المثبت (وبه يظهر) مافى الجواب الاول الذى ذكره المصنف ره - اذ لايثبت بالاصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا الوصف الموجود (واما الثالث) فلان حكومة الاصل السببى على المسببى انما تكون فيما اذا كانت السببية شرعية لافى مثل المقام مما تكون السببية عقلية.

الوجه الثالث ان الاصل عدم وصول حق المشترى اليه كما عن جامع المقاصد (وفيه) ان حقه من العين واصل اليه قطعا - ومن الوصف المفقود غير ثابت واستصحاب بقاء كلى الحق من قبيل الاستصحاب فى القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلى ولانقول

به ـ فهذه الوجوه لاتتم ـ ولذلك.

قال المصنف ره (**ويمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الاوصاف الخ**) وحاصله انه ان كان الوصف من قيود المبيع و كان الالتزام التزاما وحدانيا متعلقا بعنوان المتصف بالصفات ـ كان الاصل مع المشترى لرجوع النزاع الى وقوع العقد على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه والاصل مع المشترى ـ وان كان فى قوة اشتراطها على ان يكون هناك التزامان كان الاصل مع البايع لرجوع النزاع فى التغير وعدمه الى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البايع وعدمه والاصل مع البايع (اقول) ان ما هو محل البحث من قبيل القسم الثانى ـ و ذلك لوجهين ـ الاول ـ ان تقييد المبيع وتضييقه يختص بالكلي فانه قابل لذلك ولايكون الشخصي كك ـ وتعليق البيع على الوصف موجب للبطلان ـ فلا محالة يكون من قبيل الالتزام به فى ضمن العقد ـ الثانى ـ ان البيع بالرؤية القديمة انما صححناه بالاشتراط فراجع ماذكرناه ـ وعليه ـ فالاصل مع البايع.

ثم انه قد يقال فى تقريب ان الاصل مع البايع وجوه اخر (منها) اصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز (و فيه) انه ان اريد بها ماهو مفاد ليس التامة ـ فهى لاتفيد فان عدم وقوع العقد المتصف بالوصف المفقود لااثر له الا ان يثبت به وقوعه على المتصف بالوصف الموجود او المطلق غير المقيد بشيء من الوصفين ـ وان اريد به ماهو مفاد ليس الناقصة فلا حالة سابقة له (ثم ان) المصنف ره نظر المقام بالشك فى كون الماء المخلوق دفعة كرا من اصله ـ بدعوى ـ ان اصالة عدم كريته نافعة غير جارية و اصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة فى ترتب آثار القلة على الماء المذكور (وفيه) انه فى الماء المخلوق دفعة من جهة ان آثار القلة آثار للماء غير المتصف بعنوان الكرية يمكن اجراء عدم الكرية الازلى كما ذكرناه فى الجزء الاول من هذا الشرح مفصلا ـ واما فى المقام فلايمكن ذلك من جهة ان موضوع اللزوم هو العقد الواقع على المتصف بالوصف الموجود او المطلق لا على العقد غير الواقع على المتصف

بالوصف المفقود فلاينفع اصالة العدم الازلى فى المقام بخلافه فى المثال .

ومنها اصالة اللزوم (وفيه) ان الشك فى الجواز واللزوم مسبب عن الشك فى وقوع العقد على المتصف بالوصف الموجود وعدمه فاذاجرى الاصل فى السبب لايبقى شك فى اللزوم كى يرجع الى اصالته .

و منها العمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الاصول العملية المتقدمة مثل مادل (١) على حرمة اكل المال الا ان تكون تجارة عن تراض وعموم (٢) ولايحل مال امرء مسلم الاعن طيب نفسه وعموم (٣) الناس مسلطون على امـوالهم (وفيه) ان هذه العمومات قدخصصت بادلة الخيارات فمع الشك فى الخيار تكون الشبهة مصداقية ولايرجع فيها الى العمومات .

و منها ان موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لاينطبق على المدفوع فاذا شك فى تلك فالاصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة (وفيه) ان موضوع الخيار هوعدم كون العين الخارجية منطبقة على ماوقع العقد عليه وبعبارة اخرى عدم دفع البايع العنوان الذى وقع العقد عليه الى المشترى والاصل موافق له (مع) انه لو سلم ماذكر لما كان يثبت به اللزوم.

ومنها ان اصالة عدم تغير المبيع واردة على الاصول المذكورة لان الشك فيها مسبب عن الشك فى تغير المبيع (وفيه) مضافا الى ماافاده المصنف ره .

بقوله (**مضافا الى منع جريانه فيما اذا علم بالسمن قبل المشاهدة الخ**)

انه ان اريد بذلك استصحاب عدم التغير من حيث انه بنفسه حادث من الحوادث فهو

١ـ النساء آية ٢٩

٢ـ الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى ـ والمستدرك ج١ ص٢٢٢ والاحتجاج ص ٢٦٧ .

٣ـ البحار ج٢ـ ص٢٧٢ الطبع الحديث وج١ ص١٥٢ الطبع القديم .

لا يفيد لعدم كونه موضوع الاثر ـ وان اريد به استصحاب المعنون ففيه اولا انه من الاستصحاب القهقري لانه يراد اثبات كون الصفة الموجودة كذلك حين العقد ـ وثانيا ـ ان استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفي ـ فان موضوع الاثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد (فتحصل) مما ذكرناه انه ان كانت الاوصاف من قبيل الشرط والالتزام في الالتزام كان الاصل مع البايع ـ والا فمع المشتري .

(قوله قده لكن الانصاف ان هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار الخ) و فيه انه اذا لم يكن حقيقة ذلك حقيقة الا شتراط احتاج الحاقه به الى دليل تعبدي مفقود و بعبارة اخرى ان تصحيح المعاملة بالرؤية القديمة كان بالاشتراط فاذا لم يكن ذلك باشتراط حقيقة لزم بطلان العقد .

(قوله قده ولو ادعى البايع الزيادة الموجبة لخيار البايع الخ) اقول بناء على ما اخترناه من ان اوصاف المبيع في البيع بالرؤية القديمة مع الشك فيها ـ انما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الالتزام في الالتزام ـ وعليه بنينا في المسألة المتقدمة ان الاصل مع البايع لابد من البناء في المقام على ان الاصل مع المشتري لان البايع يدعي ان الشرط غير هذا الوصف الموجود والمشتري ينكره والاصل عدمه ـ واما بناء على كونها من قيود المبيع يكون الاصل مع البايع بعكس المسألة السابقة فان المشتري يدعي وقوع البيع على هذا المتصف بالوصف الموجود والبايع ينكره والاصل معه ـ (وبذلك) ظهر ان ما بنى عليه الشهيد ره من ان الاصل مع المشتري في المسألتين (لا ينطبق) على القواعد (واما) ما افاده المحقق النائيني ره في توجيه ما افاده الشهيد ره بان الغالب يقدم البايع على البيع كائنا ما كان ولا ينظر الى الوصف الزايد على ما رآه المشتري سابقا (فغير تام) اذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الاشتراء كذلك تختلف رغبات البايع سيما في الاوصاف الموجبة لاختلاف القيمة وجودا وعدما كما هو واضح .

لو اختلفا فی تقدم البيع علی التغير وتاخره عنه

(**قوله قده لو اتفقا علی التغير بعد المشاهدة ووقوع العقد علی الوصف المشاهد و اختلفا فی تقدم التغير الخ**) الكلام فی هذه المسألة يقع في موضعين ـ الاول ـ فيما اذا صارت قيمته بعد التغير اقل و كان المدعی للخيار هو المشتری ـ الثانی فيما اذا صارت قيمته ازيد و كان المدعی للخيار هو البايع .

اما الموضع الاول فالكلام فيه يقع فی موردين ـ احدهما ـ بناء علی ان تلف الوصف بعد البيع و قبل القبض يوجب الخيار ـ ثانيهما ـ بناء علی عدم كونه موجبا للخيار ـ وقبل الشروع فی بيان الحق لابد من تقديم مقدمة (وهی) انه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف حال وجود الوصف ـ وربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف ـ مثال الاول ـ مالو وجب اكرام زيد العالم ـ و مثال الثانی ـ موارد ضمان الاوصاف فانه مترتب علی الاستيلاء علی الوصف نفسه ـ وفي القسم الاول اذا كان الوصف متيقنا سابقاً و مشكوكا فيه لاحقاً يجری فيه الاستصحاب ويترتب حكمه بضم الوجدان الی الاصل فلو كان زيد عالما وشك فی بقاء علمه يستصحب ذلك ويكون اكرامه متعلقا للوجوب ـ وفی القسم الثانی ـ لايكفی استصحاب بقاء الصفة لانه لايثبت به كون الفعل متعلقا به ـ فلو كان الغنم سمينا سابقاً وشك في سمنه حال الغصب لايكفی استصحاب بقاء السمن فی الحكم بضمان هذا الوصف المترتب علی غصب الوصف ايضا ـ وتمام الكلام في ذلك موكول الی محل آخر.

اذا عرفت هذه المقدمة فاعلم انه (فی المورد الاول) يكون الاصل مع المشتری لاصالة عدم وصول حقه اليه ـ و اصالة عدم التغير وبقاء الوصف الی زمان القبض لايثبت قبض الصفة الذی هو موضوع اللزوم فلا تجری ـ وكذا لاتجری اصالة عدم القبض الی مابعد التغير فانها ايضا لاتثبت وقوع القبض علی فاقد الوصف الذی هو موضوع الخيار فهذان الاصلان لايجريان ـ واما ـ اصالة اللزوم فهي محكومة لاستصحاب

عدم وصول حق المشترى اليه (وفى المورد الثانى) يكون الاصل وهواصالة اللزوم واصالة عدم التغير وبقاء الوصف الى حين البيع الجارية والمفيدة فى المقام من جهة ان الاثر وهو اللزوم انما يترتب على وقوع البيع على الموصوف فى حال وجود تلك الصفة ـ مع البايع (وما) عن بعض من ان الاصل الثانى معارض مع اصالة عدم وقوع البيع الى زمان التغير (يرده) انه لااثر لهذا الاصل لان الخيار انما يترتب علي وقوع البيع على الفاقد لذلك الوصف (واما) ماافاده المصنف ره من ان الاصل مع المشترى وهو اصالة عدم وصول حقه اليه (فغير تام) لانه على الفرض القطع بعدم وصول حقه اليه لايكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار فكيف باستصحابه .

و اما الموضع الثانى وهو مالو ادعى البايع الخيار ـ بان كانت العين فى حال المشاهدة فاقدة الوصف والبيع وقع عليها مع عدم الوصف وصارت بعد ذلك واجدة له وادعى البايع تقدم وجود الصفة على البيع والقبض والمشترى يدعى التاخر فظاهر كلام المصنف ره ان الاصل مع البايع ـ و صريح كلام المحقق النائينى ره ذلك و لكن الحق ان الاصل مع المشترى ـ اذ مضافا الى اصالة اللزوم يجرى اصالة عدم التغير وعدم وجود الوصف الى حين البيع ـ ولايعارضها اصالة عدم البيع الى زمان التغير اذ لايثبت بها وقوع البيع فى حال وجود الوصف .

(**قوله قده ولووجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى الخ**) او كان المبيع بيد المشترى قبل البيع ـ ولم يعلم وجه تعرضه لهذا الفرع فى المقام و على كل حال لاتجرى الاصول الموضوعية فى شىء من الطرفين فى المقام من غير فرق بين الجهل بالتاريخ والعلم به ـ للمثبتية فان استصحاب بقاء العين الى حين البيع لايترتب عليه الاثر مالم يحرز به تحقق البيع الذى هو تمليك مال بعوض ـ كما ان ـ استصحاب عدم البيع الى ما بعد التلف لايثبت كون البيع واقعاً على المعدوم فلامحالة يشك فى تحقق البيع وعدمه وبالنتيجة يشك فى انتقال الثمن عن المشترى وعدمه والاصل يقتضى عدم الانتقال و

بقاء ملك المشتری علی الثمن .

وقد یتوهم انه تجری اصالة الصحة فی البیع لانه لو كان المبیع معد وما یكون البیع فاسدا وبلااثر ولو كان موجودا یكون صحیحا- واصالة الصحة تقضی بالصحة وهی حاكمة علی اصالة بقاء ملك المشتری علی الثمن (ولكنه) فاسد من جهة اختصاص دلیل اصالة الصحة بمااذاشك فی الصحة والفساد بعد احراز اصل العمل الموصوف بالصحة -لا- لانه لایعقل الشك فی الوصف الامع احراز الموصوف - بل لان دلیل التعبد انمایتكفل التعبد بالوصف دون التعبد بالموصوف واثباته - فلاتعبد بالوصف الامع احراز الموصوف وفی المقام بما انه یشك فی اصل وجود البیع الذی هو المقسم للصحیح والفاسد لانه اذا كان المبیع معدوما لم یكن ما وقع بیعا ولو عرفا -فلا یكون مجری لاصالة الصحة .

(قوله قده حیث تمسك باصالة صحة الرجوع عن الاذن الخ) المتمسك هو صاحب الجواهر ره وقد حققنا فی رسالة القواعد الثلاث انه لاتجری اصالة الصحة فیه من جهة ان الرجوع اذا وقع بعد البیع لایترتب علیه شیء لعدم كونه قابلا للتاثیر ومن شرائط جریانها قابلیة التاثیر عقلا.

(قوله قده ولو فیما اذا باع بلا ثمن الخ) البیع بلا ثمن كالبیع بلا مبیع بعد فرض تقوم البیع بالعوضین فلو شك فیه لاتجری اصالة الصحة لعین ماتقدم .

(قوله قده كما لو باع ماتلفه زید الخ) اقول ان قلنا ان حقیقة الضمان كون التالف بشخصه فی العهدة الی حین الاداء -صح البیع المذكور لاعتبار بقاء المبیع - وان قلنا ان حقیقته انتقال المثل او القیمة الی الذمة كان بیعه بعد التلف بیعا لما لا وجود له وقد مر عدم جریان الاصل لو شك فی ذلك .

فی لزوم اختبار الطعم واللون والرائحة

(قوله قده مسالة لابد من اختبار الطعم واللون والرائحة فیما یختلف قیمته باختلاف ذلك الخ) ملخص القول فی المقام انه تارة تختلف قیمة الشیء باختلاف

اوصافه الثلاثة -و اخرى- لاتختلف -وعلى الاول-قديكون واجد الوصف صحيحا وفاقده فاسدا - وقديكونان معامن مراتب الصحيح .

امافي القسم الاول- فلاينبغى التوقف فى بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف واشتراط ولو ضمنى للغرر- من غير فرق بين كون الفاقد فاسدا اومما لامالية له المترقبة من ذلك الشيء - وبين كونه معيبا وهناك قول آخر (وهـو) القول بصحة البيع اعتمادا على اصالة السلامة (وفيه) انه لا دليل عليها لامن بناء العقلاء ولامن الشرع (اما الاول) فلانهم فى اموراتهم لايبنون على السلامة مالم يطمئنوا بها (وما) اعترف به المصنف ره من بنائهم عليها فى ماذا كان الشك فى طرو المفسد (غير سديد) لانهم فى ذلك المورد ايضا لايبنون عليها مع عدم الاطمينان (ومايري) من ايقاع المعاملة على الشيء من دون اطمينان بسلامته (انما) يكون من جهة الشرط الضمنى وسيأتى الكلام فيه (واما الثانى) فلان ما يتوهم كونه دليلا عليها ليس الا الاستصحاب وهو لايجرى فى المقام لان الاثر مترتب على الاحراز دون المتيقن .

كمالاينبغى التوقف فى صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار اوغيره - او اخبار البايع به ان كان مؤتمنا - او اشتراط وجوده و لو بالشرط الضمنى لارتفاع الغرر بجميع ذلك - اما بالاول فواضح -واما بالثانى - فلمادل (١) على حجية خبر الواحد فى الموضوعات - ومادل (٢) على كفاية اخبار البايع بالكيل او الوزن ان كان مؤتمنا بعد الغاء خصوصية المورد - واما بالثالث - فان كان الشرط صريحا واضح- وان كان ضمنيا اى كان القيد من القيود التى بناء المتعاملين عليها فلما تقدم اجمالا و سيأتي تفصيله من انه بحكم ذكر الشرط وليس من قبيل البناء القلبى المجرد كى يقال انه لاعبرة به فى باب العقود والايقاعات -و خبر (٣) محمد بن العيص عن ابيعبدالله (ع)

١- الحجرات آية٦

٢- الوسائل - باب٥ من ابواب عقد البيع وشروطه

٣- الوسائل باب٢٥ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث١

عن رجل اشتری مایذاق یذوقه قبل ان یشتری قال نعم فلیذقه ولایذوقن مالا یشتری - لایدل علی لزوم الاختبار - فانه سؤالا وجوابا فی مقام بیان جواز الذوق لاوجوبه.

واما فی القسم الثانی فماذکرناه فی هذا القسم یجری فیه طابق النعل بالنعل و الفرق بینهما انه لامجال فی هذا القسم لاحتمال الاستناد الی اصالة السلامة .

واما فی القسم الثالث فالاظهر صحة البیع مع الجهل با لوصف وان لم یشترط وجوده لعدم لزوم الغرر .

ثم انه فی القسم الاول لو تبین فقد الوصف - فان کان الفاقد مما لامالیة له بطل البیع - لانه ح بنظر العرف الفاقد غیر الواجد حقیقة فماوقع علیه العقد لاواقع له و ماله واقع لم یقع علیه العقد - وبعبارة اخری مع عدم المالیة للمبیع لایصدق عنوان البیع - وان کان الفاقد معیباوله مالیة ایضا صح البیع وثبت خیار العیب (و اما) فی القسم الثانی فان کان البیع مع اشتراط وجود الوصف ولوضمنا ثبت خیار تخلف الشرط - و ان کان مع الاختبار اواخبار البایع لم یثبت الخیار لاخیار تخلف الشرط لعدمه ولاخیار الغبن لان مورده زیادة القیمة السوقیة اونقصها و لاخیار العیب لعدم کونه معیبا .

(قوله قده واطلاق کلمات الاصحاب فی جواز شراء مایراد طعمه الخ)

الکلمات بانفسها مقصورة علی صورة التمکن من التوصیف ولاتشمل مالایمکن فیه ذلک لعدم الانضباط - لانه من البدیهی ان المراد بالتوصیف تعیین الصفات للمشتری لامجرد ذکرها کما هو واضح .

(قوله قده ثم انه ربمانسب الخلاف فی هذه المسألة الی المفید الخ)

ظاهر کلمات هؤلاء کصریح الحلی تعین الاختبار وعدم کفایة التوصیف (کما) ان مقتضی اطلاق کلام الجمیع عدم الفرق بین وصف الصحة وسایر الاوصاف التی تنضبط بالتوصیف .

(قوله قده والمتبايعان فيه بالخيار الخ) و المراد بالخيار هنا هو الخيار فی احداث بيع جديد وان لهم ذلك لا الخيار المصطلح ـ وذلك للتصريح قبله ببطلان البيع من دون اختبار ـ وكك بعده ـ ولنسبة الخيار الى المتبايعين و لو كان المراد هو الخيار المصطلح كان المنسوب اليه احدهما لا كليهما .

(قوله قده على شرط الصحة او البرائة من العيوب الخ) المراد بالبرائة من العيوب برائة المبيع منها فيكون عطف تفسير لشرط الصحة لا برائة البايع عن عهدة العيوب ـ فان هذا الشرط لا يعقل صيرورته موجبا لصحة البيع لو كان باطلا بدونه للجهالة والغرر لانه لا يرفعهما لو لم يؤكد .

(قوله قده فينبغی ان يكون كلامهم فی الامور التی لا تنضبط الخ)

حاصله انه من افتاء القوم بكفاية التوصيف فيما يفسده الاختبار يستكشف انه يكفی فی رفع الغرر ـ وحيث ـ انه لا يمكن البناء على كفايته فی رفع الغرر فی مورد دون آخر ـ فيعلم من ذلك ان ما افتوا به من عدم كفاية التوصيف فيما لا يفسده الاختبار انما هو فيما لا يمكن فيه التوصيف الا بعد الاختبار وهو ما اذا كانت الصحة ذات مراتب ولا يمكن تعيين مرتبة منها الا بعد سبق الاختبار .

(قوله قده الا ان تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار الخ) حاصل ذلك انه من مقابلة ما لا يفسد بالاختبار بما يفسد به ـ يعلم ان الفساد المنفی تارة والمثبت اخرى واحد وهو ما يقابل الصحة (وفيه) ان ما يفسده الاختبار كما يفسد باختبار وصف صحته يفسد باختبار مراتب صحته فلا شهادة فی هذا التخصيص على القصر بوصف السلامة.

(قوله قده وان كان مذهبهم موافقا للحلی الخ) قد عرفت ان الاظهر ذلك فراجع .

(قوله قده الا فيما اذا كان الشك فی طرو الخ) قد عرفت انه لا بناء من العقلاء حتى فی هذا المورد .

قوله قده ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة الخ) محصل هذا التفصيل ان السلامة ان كان فواتها موجبا لفوات معظم المالية وكانت هى مقصودة على وجه الركنية لزم احرازها حين البيع ويبطل بدونه ولايصح الاعتماد على اصالة السلامة ـ وان لم تكن كك اى لم تكن مقومة للمالية فلاتكون متعلقة للغرض النوعى المعاملى من العقلاء ـ لم يجب احرازها .

(قوله قده نعم لما كان الاطلاق الخ) هذا دفع اعتراض مقدر وهو انه ما الوجه لثبوت الخيار على هذا التفصيل فانه فى الصورة الاولى يبطل البيع وفى الثانية يصح ولكن لاموجب له ـ وحاصل الجواب ان وجه ثبوت الخيار فى الصورة الثانية ليس من حيث الاعتماد على اصالة السلامة بل لاقتضاء اطلاق العقد ـ اى الشرط الضمنى بالتقريب المتقدم ذلك .

(قوله قده ولكن الانصاف ان مطلق العيب الخ) هذا هو الصحيح على ماتقدم .

حكم شراء مايفسده الاختبار

(قوله قده يجوز ابتياع مايفسده الاختبار من دون اختبار اجماعا الخ)

محصل الكلام فى المقام ان الاوصاف التى تختلف المالية باختلافها على قسمين ـ الاول ـ مايوجب فقده كون الفاقد غير صحيح ـ الثانى ـ مالايوجب فقده ذلك بل يكون الواجد و الفاقد من مراتب الصحيح (اما فى الاول) فيجوز البيع مع التوصيف او الاشتراط ولو بنحو الشرط الضمنى كما تقدم فيما لايفسده الاختبار ـ ولايصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر (واما) الاعتماد على اصالة السلامة فقد عرفت فى المسألة المتقدمة مافيه (واما) ماعن جماعة من الاكتفاء بالبرائة من العيوب ـ فان كان المراد بها ماتقدم وهو برائة المبيع من العيوب فهو متين الا انه يرجع الى اشتراط الصحة وان كان المراد بها برائة البايع عن عهدة العيوب فيرد عليه ان ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع ولاوجه

للقول بصحة البيع معه (واما في القسم الثاني) فان كان الوصف ممايمكن ضبطه وتوصيفه اعتبر ذلك دفعا للغرر - والاجاز بيعه وان لم يكن الوصف محرزا بلا اختبار للاجماع على عدم لزومه - والوجه في ذلك - اما انه لايلزم الغرر من جهة ان لهذه الامور عند العرف مالية معينة وان كان لوانكشف كونها واجدة للوصف تصير ماليتها ازيد الا انه مالم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية - اولانه على فرض لزوم الغرر السيرة القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر (١) - والظاهر - ان نظر صاحب الجواهر ره المدعى للسيرة على بيع مايفسده الاختبار بمجرد المشاهدة الى هذا القسم واما في القسم الاول فقد عرفت انه يمكن ان تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني فتدبر .

(قوله قده وكيف كان فاذا تبين فساد البيع فان كان قبل التصرف الخ)

محصل الكلام في المقام - انه ان كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر ونحوه - فربما يكون للفاسد مقدار من المالية ولكنه اقل من مقدار الصحيح - وربما لايكون له المالية - فان كان له مقدار من المالية - فان كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الاجوف الذى لايصلح الا للاحراق - لااشكال في فساد البيع فان ماوقع عليه العقد غير موجود - والموجود لم يقع عليه العقد - وبعبارة اخرى ماقصد لاواقع له وماله واقع لم يقصد - وان كان ذلك معيب الصحيح صح البيع وثبت خيار العيب - وان لم تكن له مالية بطل البيع لتقومه بتبديل المال .

واما ان كان التبين بعد التصرف بالكسر ونحوه - فان كان للفاسد مالية وكان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لاوجه لبطلان البيع - ويسقط خياره للتصرف فيتعين عليه اخذ الارش (ولو) كان التصرف الكسرى بالمقدار اللازم في الاختبار - فهل يكون ذلك مانعا عن الرد اولا وجهان - لايبعد اظهرية الثاني فان البيع بشرط الصحة يتضمن

---

١ - ص ٢٨٥

شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقف عليه الاختبار - وليس المقام كساير موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف - وان كان بنظر العرف مباينا للصحيح بطل البيع - وان لم تكن للفاسد مالية - فالكلام فيه في مواضع .

الاول ان المبيع الفاسد الذى لا مالية لمكسوره كالبيض هل له مالية قبل الكسر من جهة ان العقلاء يبذلون بازائه المال رجاء للسلامة وليس المال الا ما يبذل بازائه المال ام ليس له مالية نظرا الى ان المالية تنتزع من كون الشيء موضوعا لاثر يميل العقلاء اليه ويكون مورد الرغبتهم وجهان - اقواهما الثانى - وعليه - فيكون البيع فى الفرض باطلا من اصله من جهة انكشاف عدم المالية .

الثانى انه على تقدير المالية قبل الكسر - هل ينفسخ البيع من حين الكسر وتبين الفساد كما عن الشهيد ره نظرا الى ان الخروج عن المالية بالكسر حيث انه لامر سابق على العقد فيكون مضمونا على البايع - ام لا ينفسخ من جهة ان الخروج عن المالية ليس لامر سابق وهو فساده فانه اوجب نقصا فى المالية ثم بالكسر ذهب المقدار الباقى فعلا وجهان اقواهما الثانى (فان قلت) انه يمكن تصحيح كلام الشهيد ره بان يقال انه بالكسر يظهر العيب فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتا قطعا وفى ذلك الحين يتلف المبيع فيكون تالفا فى زمان الخيار فيشمله قاعدة (١) التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (قلت اولا) ان الكسر اتلاف لا تلف و القاعدة مختصة بالتلف (وثانيا) انها مختصة بالخيارات الزمانية بانفسها وخيار العيب ليس زمانيا بذاته .

الثالث انه على تقدير المالية قبل الكسر وعدم انفساخ البيع - هل يسترجع ما يوازى تمام الثمن - ام يسترجع تفاوت ما بين الصحيح والمعيب وجهان - اقواهما الثانى فان الموجب للارش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده (ودعوى) ان الحادث فى زمان الخيار ايضاً موجب له (مندفعة) بان الحادث بالاتلاف ليس موجبا

(١) الوسائل باب ٨ و ٥ من ابواب الخيار .

له كما هو واضح .

(قوله قده لم يكن هنا رد ولا ارش الخ) عدم ثبوت الارش واضح لعدم التفاوت بين القيمتين واما عدم ثبوت الرد فغير ظاهر فانه اذا اشتراه بشرط الصحة ثبت خيار تخلف الشرط .

(قوله قده وحيث ان خروجه عن المالية لامر سابق على العقد كان مضمونا على البايع الخ) ليس مراده بذلك ضمان المعاوضة كي يرد عليه بان لازمه انفساخ البيع والمفروض عدمه بل مراده ضمان الغرامة نظرا الى منشأ هذا العيب الحادث هو العيب السابق فالصحيح ان يورد عليه بان الكسر الموجب لنقص مقدار من المالية المشترك بين الصحيح والمعيب ليس منشأه العيب السابق .

(قوله قده وعن الدروس واللمعة انها تظهر فى مؤونة نقله عن الموضع الذى اشتراه فيه الى موضع الخ) الاقوال و الوجوه فى المسألة ثلاثة (الاول) ان المؤونة على البايع مطلقا (الثانى) انها على المشترى كك (الثالث) التفصيل بين القول بالانفساخ من حين التبين فعلى المشترى وبين القول بانكشاف الفساد من الاول فعلى البايع (والاظهر) انها على المشترى مطلقا الامع صدق التغرير فانه يرجع المشترى ح الى البايع لقاعدة الغرور ـ او كون النقل بامره ـ اما رجوعه الى البايع فى المورد ين فواضح واما عدم رجوعه فى غيرهما فلعدم الموجب له .

(قوله قده واما مؤونة نقله من موضع الكسر الخ) اقول تارة يكون لزوم النقل لحق البايع من جهة ان المكسور ماله ومتعلق حقه ـ واخرى يكون لحق الله تعالى كما اذا كان في المسجد وكان بقائه فيه موجبا لهتكه (اما فى الاول) فمؤونة الرد على المشترى الا اذا كانت المؤونة زايدة عما يقتضيه طبعا رد المال ـ فانه اذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعا رد المال لامحالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث لاضرر فيخصص به ـ وان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث(١) لاضرر عدم وجوب البذل عليه (واما فى

١ ـ الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار حديث ٣ ـ ٤ ـ ٥

الثانى) فمؤونة النقل كاصل وجوبه تكون على عامة المسلمين وصيرورة المشترى سببا لتوجيه اختصاص التكليف لاتوجب اختصاص التكليف به كما حققناه مفصلا فى الجزء الاول من هذا الشرح فى مبحث تنجيس المسجد .

(قوله قده ثم ان المحكى فى الدروس عن الشيخ واتباعه انه لوتبرأ البايع من العيب فيما لاقيمة الخ) الظاهر ان مراد الشيخ واتباعه انه مع الفراغ عن صحة البيع بالاطمينان بالصحة والسلامة من الاختبار اوالتوصيف او غيرهما ـ اذا تبرأ من العيوب ثم تبين الفساد بالكسر صح ـ وليس مراده تصحيح البيع بالتبرى حتي يورد عليه بان ذلك موجب للزوم الغرر المبطل ـ اويوجه بان المراد اشتراط المشترى على البايع البرائة من العيوب (وعلى ماذكرناه) فايراد الدروس عليهم بانه اكل للمال بالباطل ـ انما ـ يكون من جهة انكشاف عدم المالية لهقبل الكسر اى حين البيع .

(قوله قده وقد تصدى بعض لتوجيه ـ اذ المثمن يتحقق على حسب معاملة العقلاء الخ) المتصدى للتوجيه هو صاحب الجواهر ره ـ ويرد عليه انه ان اراد بذلك عدم اعتبار المالية الواقعية وانه يكفى المالية الظاهرية فى صحة البيع ـ ففيه ـ ان البيع اذا كان هو تبديل المالين فمع عدم المالية الواقعية يتعين البناء على الفساد الواقعي ـ وان اراد ان مالاقيمة لمكسوره يكون مالا واقعا قبل الكسر ـ ففيه ـ ماتقدم فى اوائل هذه المسألة وان اراد كفاية الملكية فى صحة البيع ولايعتبر المالية ـ ففيه ـ ماتقدم فى الجزء الحاديعشر من هذا الشرح فى مسألة بيع مالامنفعة له وعرفت انه لاتصدق عناوين المعاملات مع عدم المالية ـ وان اراد انه من حيث كونه محكوما بالارش المستوعب فهو ذومالية على اى تقدير ـ ففيه ـ ان الارش لايوجب صيرورة المبيع مالا .

(قوله قده على سبيل استدراك الظلامة الخ) الظلامة هى ماللمظلوم عند الظالم واستدراكها تداركها اما باسترجاع عين مايكون عنده او باداء مايماثله .

(قوله قده ولذا لم يتامل ذومسكة الخ) الفرق بين المقام وبين بيع الحر و

الخمر بعداشتراكهما فی عدم المالية ـ ان الحر والخمر ليسا ملكين بخلاف المبيع فی المقام .

(قوله قده ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن الماليه وبين عدم القيمة لمكسوره الخ) يمكن الجمع بينهما ان كان المراد عدم الخروج عن المالية قبل الكسر كما تقدم ـ نعم ـ لايمكن الجمع بينهما ان لوحظا فی حال واحد .

(قوله قده ثم انه ربما يستشكل فی جواز اشتراط البرائة من العيوب الخ) لا اشكال فيه اذا كان الاشتراط بعد كون البيع صحيحا غير غرری لعدم الجهل به و الاطلاع على حاله بالاختبار ونحوه ـ وكان الغرض منه دفع الالتزام بالعيب اذا ظهر الخطاء ـ نعم ـ يصح هذا الاشكال لو كان الاشتراط مع الجهل بالمبيع لدفع الغرر فانه يوجبه ولا يرفعه .

بيع المسك فی الفار

(قوله قده المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فی فاره الخ) مقتضى العمومات والسيرة جواز بيع ذلك ـ واستدل لعدم الجواز بوجهين (الاول) انه نجس لانه دم ولا يجوز بيع النجس (واجاب) عنه المصنف ره بانه ليس بنجس للنص (١) والاجماع ـ ويمكن ان يجاب عنه مضافا الى ذلك بوجهين (احدهما) عدم كونه نجسا اما للاستحالة فتدبر ـ اولان المادة من اصلها ليست مادة دم بل هی جرم خاص (ثانيهما) انه لادليل على بطلان بيع الدم الذی ينتفع به منفعة محللة معتدبها ـ كما تقدم تفصيل القول فی ذلك فی الجزء الحاديعشر من هذا الشرح (الثانی) انه مجهول ولا يجوز بيع المجهول كما تقدم (اقول) انه تارة يحتمل الفساد ـ واخرى ـ لايحتمل ذلك ويكون الفاقد لوصف محتمل من مراتب الصحيح (اما) فی الصورة الاولى فقد افاد المصنف ره ان بناء العرف على اصالة الصحة فی نفی الفساد ـ وقد تقدم ما فی ذلك فی المسألة السابقة (والحق) انه مع اخبار البايع بالسلامة ان كان مؤتمنا او اشتراط

١ ـ الوسائل باب ٤٣ من ابواب لباس المصلی ـ وباب ٩٥ و٩٧ من ابواب آداب الحمام

الصحة ولوبالشرط الضمنى يصح البيع لارتفاع الغرر - امابالاول - فلما(١) دل على حجية خبر الواحد فى الموضوعات - و مادل(٢) على كفاية اخبار البايع بالكيل اوالوزن ان كان مؤتمنا بعدالغاء خصوصيةالمورد- واما بالثانى - فلماتقدم فى المسألة السابقة - وبدون ذلك لايكون البيع صحيحا للغرر(واما)فى الصورة الثانية فان لم تختلف القيمة باختلاف الاوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر - وان كان يختلف بهالقيمة - فيصح مع اخبار البايع - اوالاشتراط ولوضمنا- وبدونه يحتمل الوجهان - وجه البطلان لزوم الغرر - وجه الصحة سيرة المتشرعة من التجار و غيرهم على البيع بدون الاختبار - و الاحوط ان يختبر بفتقهما بادخال خيط فيها بابرة ثم اخراجه وشمه .

(قوله قده وجه مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم الخ)

وفيه انه يمكن القول بعدم الضمان و ان قلنا بالضمان فى تلك المسألة - فان المشترى ان اختبر مع اذن البايع كان ظاهر ذلك هو المجانية و عدم ضمان النقص وهذا بخلاف المقبوض بالسوم .

(قوله قده عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف الخ) الاشكال فى بيع اللؤلؤ انما يكون من جهتين -الاولى- من جهة الجهل بالوجود - الثانية - من جهة الجهل بالصفة و انما يصح البيع مع التعارف اذا ارتفع الجهل من الجهتين للتعارف - والا فلا يصح -

---

١ - الحجرات آية ٦

٢ - الوسائل باب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه

بيع المجهول منضما الى المعلوم

(قوله قده لافرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه وعدمه الخ)

الاقوال فى المسألة اى فى بيع المجهول مع الضميمة ثلاثة (احدها) الجواز مطلقا ذهب اليه السيد فى محكى الانتصار (الثانى) ماهو المشهور بين الاصحاب وهو عدم الجواز كك (الثالث) ماعن المختلف وشرح الارشاد و غيرهما وهو التفصيل بين ماذاكان المجهول تابعا للمعلوم فيصح البيع وبين ماذا لم يكن كك فيبطل - والحق - يقتضى التكلم فى موضعين - الاول - فيما تقتضيه القواعد - الثانى - فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما الموضع الاول فان لم يكن المجهول تابعا لا كلام فى البطلان للغرر واما التابع فله معان (احدها) ماعن العلامة فى القواعد والتذكرة وهو ان التابع ما اخذ شرطا فى المبيع في مقابل ماجعل جزءمنه - وعليه - فعلى القول بالتفصيل لافرق فى الصحة فى صورة الاشتراط بين ان يكون الشرط اصلا فى الغرض او تابعا كما لافرق فى البطلان على الجزئية بين الصورتين (واورد) على ذلك المحقق الثانى بان هذا الفرق ليس بشىء لان العبارة لا اثر لها (ورده) المحقق النائينى ره بان الجزء يقسط عليه الثمن فاذا كان مجهولا يفسد البيع و هذا بخلاف الشرط فان الثمن يقع بازاء المشروط وهو معلوم (اقول) تارة يكون الالتزام البيعى اجنبيا عن الالتزام الشرطى و انما اخذ الاول ظرفا للثانى خاصة من جهة انه لاعبرة بالالتزام الا بتدائى كما لو كان الالتزام البيعى لزيد - و الشرطى لعمرو - واخرى يكونان مرتبطين - اما فى الصورة الاولى فيتم ماافاده المحقق النائينى ره ولايتم فى الثانية - فان المبيع وان كان معلوما الاانه من جهة تفاوت مالية المبيع بالعرض بوجود الشرط وعدمه لامحالة يلزم الغرر فيبطل البيع لذلك.

ثانيها مايظهر من الشهيدين والمحقق الثانى وهو ان التابع هو مايعد فى العرف من التوابع كمفتاح الدار و حمل الام والبيض الذى فى جوف الدجاجة ونحو تلكم -

وعلى هذا ايضا لانظر الى الغرض الشخصي او النوعي- والاظهر في التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين مالو جعل التابع جزء للمبيع وبين مالو اخذ شرطا- وفي الاول جهالته موجبة للغرر - وفي الثاني لاتوجب ذلك- والشاهد على هذا التفصيل هو اهل العرف- فانهم يفرقون في صدق الغرر بين الموردين (ثم ان) التابع بهذا المعنى قسمان -الاول- مالا يدخل في ملك المشتري لو لم يصرح به في العقد -الثاني- مايكون بناء العرف والعقلاء على تبعيته في الملكية للمبيع مالم يصرح بخلافه فتدبر حتى لا يختلط الموردان.

ثالثها ما يظهر من العلامة في المختلف وهو ان المراد بالتابع ما يكون تابعا بالنسبة الى الغرض من المعاملة سواء اكان غرضا نوعيا اوشخصيا - مثل - مالو اراد شراء السرج وكان مالكه لايبيعه بدون الفرس فاشتراهما معا فان الفرس تابع بهذا المعنى والظاهر ان جهالة التابع بهذا المعنى مضرة وموجبة للغرر.

رابعها مايظهر من المحقق القمي وصاحب الجواهر- وهو ان التابع ماهو كذلك في الجعل والتباني وان كان هو المقصود بالاصالة وانما يجعل تبعا تخلصا عن الغرر - نظير مايستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض بايقاع العقد على شيء معين معلوم لانزاع فيه ويجعل ذلك من اللواحق - و الظاهر عدم كفاية ذلك والالزم تجويز بيع كل مجهول - وان شئت قلت -ان الجهالة توجب غررية المعاملة ومجرد البناء على كونه تابعا لايوجب رفع الغرر.

و اما الموضع الثاني - فملخص القول فيه- ان بعض النصوص يدل على انه يصح بيع مجهول الوجود مع الضميمة كصحيح (١) ابن محبوب عن الكرخي قال قلت لابي عبدالله (ع) ماتقول في رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة ومافي بطونها من حمل بكذا وكذا درهما فقال(ع) لاباس ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف - حيث ان المفروض فيه الجهل بوجود مافي البطون -وبعضها- يدل على

١- الوسائل باب ١٠ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة كموثق (١) سماعة عن اللبن يشترى وهو فى الضرع فقال ﷺ لا الا ان يحلب لك منه اسكرجة فيقول اشتر مني هذا اللبن الذى فى الاسكرجة ومافى ضروعها بثمن مسمى فان لم يكن فى الضرع شيء كان مافى لاسكرجة فتامل - فانه قابل للحمل على الجهل بالوجود - وبعضها يدل على صحة بيع مجهول الصفة مع الضميمة - كمرسل (٢) البزنطى عن الصادق (ع) اذا كانت اجمة ليس فيها قصب اخرج شيء من سمك فيباع ومافى الأجمة - وخبر (٣) ابى بصير عنه (ع) فى شراء الاجمة ليس فيها قصب انما هى ماء قال ﷺ تصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك ومافى هذه الاجمة بكذا و كذا - فانهما ظاهران فى صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمه الى المعلوم بنحو الجزئية .

واورد عليها المصنف ره - بانها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه الى مجهول آخر اذ الاصواف على ظهر مائة نعجة فى رواية الكرخى مجهولة بنفسها ولا يصح بيعها منفردة - المستخرج و المتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل البزنطى وخبر ابى بصير غير معينين - وما فى الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن - وعلى هذا فلم يفت احد بمضمونها فلابد من رد علمها الى اهلها (وفيه) ان اطلاقات النصوص واردة فى مقام بيان شيء آخر و هو تصحيح بيع المجهول لا تصحيح بيع الضميمة - فلا مورد للتمسك باطلاقها من هذه الجهة - وبعبارة اخرى - ان النصوص انما سيقت لبيان انه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة وليست فى مقام بيان مايعتبر فى الضميمة فلا يصح التمسك باطلاقها من تلك الجهة فالحق انها تدل على صحة بيع المجهول بالضميمة (ولكن) لا تختص تلك بصورة كون المجهول تابعاً . وتكون مختصة بموارد خاصة وليست لها اطلاق اوعموم يتمسك به للتعدى عنها .

(قوله قده ففى مرسلة البزنطى التى ارسالها كوجود سهل فيها سهل الخ)

١- الوسائل باب ٨ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٢

٢-٣- الوسائل باب ١٢- من ابواب عقد البيع حديث ٢-٦

اما كون ارسالها سهلا فلان المرسل هو البزنطى الذى لايرسل الاعن ثقة - اما كون وجود سهل سهلا - فلم يظهر لى وجهه .

(قوله قده والمراد شراء مافيها الخ) وفيه ان ظاهر الخبر شراء رقبة الارض مع مافيها من القصب - لاشراء السمك - فهو اجنبى عن المقام .

(قوله قده بناء على ان المراد بيع اللبن الذى فى الضرع بتمامه الخ) وفيه ان المراد بالا نقطاع ان كان هو النفاد - فلا تعرض فيه لاعتبار الضميمة اذ المراد ح من قوله اوشىء منه بيع بعض اللبن - وان كان المراد به الانفصال من الضرع - وان كان ح المراد من قوله اوشىء منه انفصال بعض اللبن و بيعه منضما الى مافى الضرع الان الجزء السابق وهو بيع جميعه مع الانفصال بيع المجهول ولم يعتبر فيه الضميمة (فما هو ظاهر المتن من حمل الانقطاع على النفاد - وحمل اوشىء منه على حلب شىء من اللبن وضمه الى مافى الضرع - تفكيك بين الفقرتين وحمل لهما على معنيين لاتقابل بينهما اصلا .

(قوله ان يحلب لك فى سكرجة) السكرجة معرب سكره - و هى بالفارسية وعاء متخذ من الطين يحلب فيه اللبن .

(قوله قده فتامل) لعله اشارة الى ماذكرناه من انه لعدم كونهما فى مقام البيان من جهة الضميمة لااطلاق لهما بالاضافة اليها من حيث العلم والجهل .

(قوله قده وفى التمثيل نظر لخروج زخرفة الجدران الخ) اذ محل الكلام ليس ماهو من توابع المبيع وان لم يخطر ببال المتبايعين - فانه يتعرض لحكم ذلك فيما بعد - وزخرفة الجدران من ذاك القبيل .

(قوله قده نعم لوكان الشرط تابعا عرفيا الخ) محصله اعتبار التبعية فى مقام الوجود وفى مقام الجعل والانشاء باخذه شرطا لاجزء وقدمر ان هذا هو الاظهر .

فی جواز ان یندر للظروف مایحتمل الزیادة والنقیصة

(قوله قده یجوز ان یندر لظرف مایوزن مع ظرفه مقدار یحتمل الزیادة الخ)

الفرق بین هذه المسألة و المسألة الاتیة واضح - حیث ان محل البحث فی تلك المسألة بیع المظروف مع ظرفه - ومحل البحث فی المقام بیع المظروف بدون ظرفه (ثم ان) الکلام فی المقام یقع فی مقامین - الاول - فیما تقتضیه القواعد - الثانی - فیما یستفاد من النصوص .

اما المقام الاول - فملخص القول فیه ان بیع المظروف یتصور علی وجوه.

احدها ان یوزن مظروف مع ظرفه فیباع المظروف جملة بکذا - وفی هذه الصورة لایحتاج الی الاندار - وقدحکم المصنف ره بصحة بیعه بناء علی کفایة العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبیع منفردا (اقول) بناء علی هذا وان کان یتم ما افاده الا ان الکلام فی المبنی اذ الدلیل دل علی اعتبار العلم بوزن المبیع - وفی المقام وزنه غیر معلوم ومعلومیة وزنه منضما الی شیء آخر لاتکفی فالاظهر هو البطلان .

ثانیها ان یوزن المظروف مع ظرفه ثم یباع المظروف علی وجه التسعیر بان یقول بعتکه کل رطل بدرهم - والکلام فی هذه الصورة یقع فی جهتین - الاولی - فی انه هل یصح البیع ام لا - الثانیة - فی الاندار للحاجة الی تعیین مایستحقه البایع من الدراهم - اما الاولی - فقد تقدم الکلام فیها - فی مسألة بیع صاع من صبرة - وعرفت ان الاظهر هو البطلان اذا کان وزنه بتمامه غیر معلوم - واما الثانیة - فالاظهر هو الاکتفاء بما تراضیا علیه لو بنینا علی صحة البیع وان الاندار فی هذا المقام لایضر فلو عین مقداراً للظرف وتراضیا علیه مع احتمال الزیادة و النقیصة لااشکال فیه اذ البیع علی الفرض تام الاجزاء والشرائط والتراضی انما یکون فی مرحلة تسلیم حق البایع وفی هذا المقام کما له ان یبرء المشتری عن الثمن بتمامه او بعضه کذلك له التراضی علی مقدار

معین و ابرائه عن الزیادة لو كان و للمشتری ایضا ان یرضی بان یأخذ البایع اكثر مما یستحقه .

ثالثها ان یوزن الظرف و المظروف ثم یندر مقدار اللظرف فیبیع المظروف بعدذلك كمالووزن المجموع و كان عشرة ارطال ثم اندر رطلین للظرف فباع المظروف الذی هو ثمانیة ارطال تخمینا بعدالاندار بمبلغ معین ـ وفی هذه الصورة اذا كان و زن الظرف من جهة الاعتیاد معلوما و اطمئن بان وزنه بالمقدار الذی اندر صح البیع للاطمینان بوزن المبیع فلاجهالة ولاغرر ـ والابطل البیع للجهالةوالغرر ـ والتراضی لایصحح البیع الغرری ـ كما ـ ان معلومیة وزن المجموع لاتكفی كماتقدم .

رابعهاان یبیع مقدارامن المظروف الذی یعلم باشتماله علیه ثم فی مقام التسلیم یوزن المظروف مع ظرفه ثم یندر مقدار اللظرف و یسلمه الی المشتری ـ وفی هذه الصورة یصح البیع اذلاغررو لاجهالة ـ واما فی مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الاولی فراجع ـ هذاماتقتضیه القواعد (فالمتحصل) منها ـ ان للاندار صورتین ـ احداهما ـ الاندار بعد البیع وفی مقام الوفاء ـ ثانیهما ـ الاندار فی ضمن المعاملة ـ وفی الصورة الاولی الاندار لایضر بصحة المعاملة ان كانت صحیحة فی نفسها ـ ثم هو ان كان بما هو المعتاد الذی علیه بناء العرف والعقلاء لایعتبر فیه التراضی ـ والا ـ اعتبر فیه ذلك ـ وفی الصورة الثانیة ان كان بالمتعارف صح البیع والابطل حتی مع التراضی .

واما بحسب الاخبار ـ فماوردمن النصوص فی المقام ثلثة ـ الاول ـ موثق(١) حنان قال سمعت معمر الزیات قال لابی عبدالله(ع) انا نشتری الزیت فی زقاقه ویحسب لنافیه نقصان لمكان الزقاق فقال(ع) ان كان یزید وینقص فلاباس وان كان یزید ولاینقص فلاتقربه ـ الثانی ـ خبر(٢) علی بن ابی حمزة قال سمعت معمر الزیات یسئل اباعبدالله(ع) فقال جعلت فداك انی رجل ابیع الزیت الی ان قال قلت فانه یطرح لظروف السمن و الزیت لكل ظرف كذاو كذا رطلا فربما زادوربما نقص فقال(ع) اذا كان ذلك عن تراض منكم فلابأس ـ الثالث ـ خبر(٣) علی بن جعفر عن اخیه موسی(ع) عن الرجل یشتری المتاع وزنا

---

١ ـ٢ـ٣ـ الوسائل باب ٢٠ من ابواب عقدالبیع وشروطه حدیث ٢ـ١ـ٣

فی الناسیة والجوالق فیقول ادفع للناسیة رطلا او اقل او اکثر من ذلک ایحل ذلک البیع قال(ع) اذالم یعلم وزن الناسیة والجوالق فلاباس اذا تراضیا - والکلام فی هذه الروایات یقع فی جهات .

الاولی فی سندها - فالاولان موثقان - و اما الثالث - فلیس فی طریقه من لم یوثق الاعبدالله بن الحسن (ثم ان) الغالب علی الظن کون الاولین حاکیین عن قضیة واحدة اذ من المستبعد سؤال الزیات عن ابی عبدالله(ع) مسألة واحدة مرتین -- والله العالم .

الثانیة فی ان موردها هو الاندار بعدالبیع اوالاندار فی ضمن المعاملة - ظاهر قوله فی موثق حنان فیحسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان علی الاشتراء فهو من الاندار بعد المعاملة لتسلیم حق المشتری الیه - وان ابیت عن ذلک فلااقل من احتماله فی مقابل احتمال کون الفاء تفسیریة و بیانا لکیفیة الاشتراء - فلایمکن استفادة حکم مخالف للقاعدة منه (واما) خبر علی بن ابی حمزة فان کان متحدا مع خبر حنان فلا کلام - والا فیمکن ان یقال انه مهمل من هذه الجهة (واما) خبر علی بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فیقول الخ علی اشتراء المتاع کون الاندار بعدالبیع - ومافی ذیله ایحل ذلک البیع قابل للحمل علی ارادة حلیة البیع بلازمه من حیث ان الاندار من توابع البیع المتعلق بماله ظرف و علیه فهذا الخبر ایضا ظاهر فی الاندار بعدالبیع - وقد مر ان جواز الاندار بعدالبیع مما یقتضیه القواعد فاذاً مایقتضیه القواعد ویدل علیه النصوص هو جواز الاندار بعدالبیع الذی هو المتعارف من الاندار والظاهر ان ماهو المشهور بین الاصحاب ایضا ذلک .

الثالثة فی القیود المعتبرة فیه - ظاهر موثق حنان فی بادی النظر اعتبار احتمال الزیادة والنقصان - وظاهر الاخیرین اعتبار التراضی (وقد یقال) فی الجمع بین النصوص کما عن صاحب الجواهر رد بانه یحمل الموثق علی صورة العادة المقتضیة للاندار بذلک المقدار و لذا لم یعتبر فیه التراضی و یحمل الخبرین الاخیرین

علی ما اذا لم تکن هناك عادة ولذا اعتبر فیهما التراضی (وفیه) انه جمع تبرعی لاشاهد له (وقدیقال) کما فی المتن ان المعول خصوص الموثق و الظاهر انه لضعف سند الاخیرین ـ اوضعف سند الاخیر و اتحاد الاول منهما مع الموثق ـ وهو ظاهر فی اعتبار الاعتیاد من حیث ظهوره فی کون حساب المقدار الخاص متعارفا و اعتبار عدم العلم بزیادة المحسوب عن الظروف بمالایتسامح به فی بیع کل مظروف بحسب حاله (اقول) ماافاده ره من ان المعول خصوص الموثق متین (واما) ماافاده من ان ظاهره کون حساب المقدار الخاص متعارفا (فیردعلیه) ان ظاهره کصریح خبر علی بن ابی حمزة احتمال الزیادة و النقصان و هذا لولم یختص بصورة عدم التعارف لایکون مختصا بصورة التعارف کما لایخفی (والحق) ان یقال ان الزیات حیث لم یکن سائلا عن معاملة شخصیة بل کان سؤاله عن حکم ماهو شغله فلا محالة یکون المراد من قوله (ع) ان کان یزید و ینقص الزیادة و النقیصة فی نوع المقدار المندر فی نوع هذه المعاملة بحیث قد یتفق فی بعض المعاملات الزیادة وفی بعض اخر النقیصة الذی هو الاحتمال الثالث فی المتن فلا محالة یصیر ذلك سببا لاحتمال الزیاده و النقیصة فی کل معاملة شخصیة ـ فمراده (ع) انه ان کان یحتمل الزیادة و النقیصة لامحالة یتراضیان ـ واما ان کان یحتمل خصوص الزیادة فقدلایرضی المشتری ففیه بأس فالمتحصل منه اعتبار التراضی لاغیر فیتحد مفاده مع الاخیرین (فتحصل) انه لایستفاد من النصوص غیر مایستفاد من القواعد .

(قوله قده علی ماهو مفروض المسألة ومعقد الاجماع المتقدم الخ)

والظاهر کما تقدم ان مورد فتوی المشهور هو الاندار بعد البیع لتعیین مایستحقه البایع لاالاندار حین البیع ولایتوقف ذلك علی القول بکفایة العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبیع منفردا کما عرفت فهذا لیس مفروض المسألة و لا معقد الا جماع .

(قوله قده مع انه اذا فرض کون استقرار العادة علی اندار مقدار معین الخ) هذا دفع لما اورده بعض الاساطین علی من اکتفی بالتراضی فی اندار ما یعلم زیادته بان التراضی لایدفع غررا (وحاصله) انه لوفرض استقرار العادة علی اندار

مقدار معين فالتراضي على الزايد عليه او الناقص بكون كاشتراط زيادة مقدار على المبيع غير قادح في صحة البيع - ولا يكون ذلك من الغرر في شيء .

(قوله قده المفروض في السؤال هو التراضي لان الحاسب هو البايع الخ) كون الحاسب هو البايع لا يكون شاهد التراضي فانه ربما لا يرضى المشتري به فتدبر - وعلي اى حال قدمر ظهور الخبر في اعتبار التراضي .

(قوله قده وان يراد به الزيادة والنقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة الخ) قدمر ان هذا الاحتمال هو المتعين فراجع و خبر ابن ابى حمزة صريح في ذلك و اما الرواية التي استشهد بها لتعيين ارادة هذا الاحتمال فهي اجنبية عن مسألة الاندار بل هي ظاهرة في جواز بيع المكيل خرصا .

(قوله قده لاصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البايع ازيد الخ) اورد عليه المحقق النائيني ره بانه بمفاد ليس التامة و ان كان صحيحا الا انه لا اثر له و بمفاد ليس الناقصة ليست له حالة سابقة واجراء العدم المحمولي لترتيب آثار العدم النعتي مثبت (اقول) يرد عليهما ان اصالة عدم زيادة المبيع عليه لا تجرى للعلم بعدم زيادة المبيع على ما في الظرف من غير فرق بين الاندار حين البيع و الاندار بعده لان المفروض كون المبيع ما في الظرف - ويرد على المحقق النائيني ره - ان اصالة عدم استحقاق البايع ازيد مما يعطيه المشتري تجرى لا لاثبات كون ما يعطيه تمام ما يستحقه كي يقال انه مثبت بل لبراءة ذمته فتدبر .

بيع المظروف مع ظرفه

(قوله قده يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وان لم يعلم الخ) تارة يكون كل من الظرف و المظروف مما يجوز بيعه منفردا اذا وزن المجموع - واخرى يكون كل منهما مما لا يجوز بيعه منفردا اذا وزن المجموع وثالثة يكون احدهما يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الاخر .

اما في الصورة الاولى فلا ينبغي التوقف في جواز بيعهما منضما - اذ المقتضى لصحة بيع المجموع موجود وشرطه وهو العلم بوزن المبيع ومقدار الثمن متحقق و المانع وهو الغرر مفقود.

واما في الصورة الثانية فان كان قيمة كل منهما مساوية لقيمة الاخر فلا ريب في الجواز لعدم اعتبار العلم بوزن كل جزء من المبيع بل المعتبر العلم بوزن المجموع والغرر غير لازم - وان كانت القيمتان مختلفتين كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال والف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنهما الفي مثقال - فقد اختار المصنف ره بطلان البيع في الفرض (معللا) بان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لاجله اللوم من العقلاء (اقول) الاظهر هي الصحة - وذلك يظهر بعد بيان مقدمتين (الاولى) ان الغرر المبطل انما يكون متقوما بالجهل بالوجود او بالمقدار او بالصفة - واما الجهل بالقيمة فقط فلا يكون موجبا للغرر ولذا لو علم بوجود المبيع و وصفه ومقداره ولم يعلم قيمته لايكون بيعه غرريا بل لو بيع الشيء باضعاف قيمته مع العلم لايكون غرر وان كان يلام المشترى على ذلك البيع (الثانية) ان الغرر المدعى في المقام انما يكون من جهة الجهل بالقيمة ولذا لو كانت قيمة كل منهما مساوية لقيمة الاخر لم يكن توقف في الصحة - وعلى هذا - فالبيع في الفرض ليس غرريا ويكون صحيحا (ولكن) الانصاف هو البطلان في الفرضين من جهة الجهل بوصف المبيع فانه كما يلزم الغرر لو اشترى المردد بين الذهب والرصاص ولو بقيمة الرصاص كذلك يلزم لو اشترى شيئا مركبا من جنسين مع الجهل بمقدار كل منهما .

واما في الصورة الثالثة فان كان مالايجوز بيعه منفردا تبعا صح البيع والا بطل على القول بالبطلان في الصورة الثانية كما لايخفى .

(قوله قده ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور الخ) بيان الصور واحكامها انما هو لاجل الاحتياج الى استرجاع جزء من الثمن لو ظهر الظرف مستحقا للغير - وكيف كان ففي المقام صور .

الاولى ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا وفی هذه الصورة لاينظر الی نسبة الوزن بـل يسترجع بحسب نسبة القيمة ـ فلو كان وزن الظرف نصف وزن المجموع ولكن كانت قيمته العشر ـ يحسب الثمن اعشار الا بالمناصفة .

الثانية ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا ـ وفی هذه الصورة يندر مقدار الظرف ثم يسترجع من الثمن مافضل من حساب كل رطل بكذا فی المظروف بلا احتياج الی النظر الی نسبة الوزن اونسبة القيمة .

الثالثة ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف والمظروف ولهذه الصورة فرضان ـ احدهما ـ ان يلاحظ ارطال المظروف وارطال الظرف فيبيع جميع ارطالهما كل رطل بدرهم وفی هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة الوزن ـ ثانيهما ـ ان يلاحظ كل رطل ملفق من الظرف والمظروف بكذا ـ وفی هـذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة القيمة كمافی الصورة الاولى .

(قوله قده فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لامن المركب الخ) الاول اشارة الی الفرض الاول والثانی الی الثانی فتدبر .

التفقه فی مسائل التجارات

(قوله قده المعروف بين الاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغی استحباب التفقه الخ) ادلة (١) وجوب التفقه والتعلم من آية النفر والروايات باجمعها ظاهرة فی ارادة الوجوب الارشادی اوالطريقی ولاتدل على الوجوب النفسی وهی توجب تنجز الواقع والعقاب على مخالفته وان كان حين العمل غافلا ـ كما يستقل العقل بذلك وقد اشبعنا الكلام فی ذلك فی حاشيتنا علی الكفاية ـ انما الكلام فی المقام فی موردين (الاول) ان المصنف ره افاد ان وجوب التعلم فی المعاملات شرعی لنهی الشارع عن التصرف مع الجهل بصحة المعاملة ـ لاصالة عدم الانتقال (وفيه) اولا ـ

---

١ ـ التوبة ١٢٣ ـ اصول الكافی ج١ ـ ص ٣٠ ـ الوسائل ـ باب ١ من ابواب آداب التجارة

ان الاصل فى العبادات ايضا هو الاحتياط لاختصاص ادلة البرائة بالشبهات قبل الفحص - و ان قيل - ان اصالة الاحتياط لا تجرى مع الغفلة - قلنا - ان اصالة عدم الانتقال ايضا كك كما لا يخفى - وثانيا - ان اصالة عدم الانتقال ايضا توجب تنجز الواقع و عدم جواز التصرف فى الاموال المكتسبة ولا تدل على وجوب معرفة احكام المعاملات (الثانى) فى انه اذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب وكسب المعيشة اذا كان واجبا - فايهما يقدم ولقد اطال المصنف ره تبعا للحدائق الكلام فى المقام والحق انهما من قبيل الواجبين المتزاحمين فلابد من ملاحظة الخصوصيات والموارد والفوائد المترتبة على كل منهما وترجيح الاهم من كل منهما على الاخر وليس ذلك تحت ضابط واحد فالمتعين ملاحظة كل مورد ثم الحكم بالتقديم .

حرمة تلقى الركبان

(قوله قده لاخلاف فى مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الاتية الخ)

الكلام يقع فى مقامين- الاول- فى اصل الحكم - الثانى - فى الخصوصيات المعتبرة فيه (اما الاول) ففيه قولان بعد الاتفاق ظاهرا على المرجوحية فعن التقى والفاضل والحلى والعلامة وغيرهم الحرمة - وعن الاكثر الكراهة .

ومستند الحكم جملة من النصوص(١) الظاهرة فى التحريم (واورد) على الاستدلال بها للحرمة - بوجوه (احدها) ضعف السند - بدعوى - ان جميع تلك النصوص سبعة خمسة منها تنتهى اسنادها الى منهال القصاب وهو مجهول - وواحد منها راويه عمر بن شمر الضعيف عن عروة بن عبدالله المجهول - والسابع مرسل (وفيه) ان فى طريقين من روايات منهال من هو من اصحاب الاجماع فان فى طريق احدهما ابن ابى عمير - وفى طريق الاخر ابن محبوب فلا مورد للمناقشة فيهما من حيث السند (ثانيها) اعراض المشهور عنها (وفيه اولا) ان جماعة افتوا بالحرمة (وثانيا) ان الاعراض الموهن هو الاعراض

---
١ - الوسائل باب ٣٦ - من ابواب آداب التجارة

عن الخبر سند الادلالة والا صحاب عملوا بهذه النصوص فانهم حكموا بالمرجوحية وافتائهم بالكراهة لايكون حجة علينا (ثالثها) موافقة القول بالكراهة للاصل ومخالفة القول بالحرمة له (وفيه) ان الاصل لايقاوم الدليل ومع وجوده يرتفع موضوع الاصل بالورود او الحكومة (مع) ان القول بالكراهة ايضا مخالف للاصل وعدم الحرمة وان كان موافقا له الا انه لايثبت به الكراهة ـ رابعها ـ كون الروايات موافقة للعامة (وفيه) ان مخالفة العامة من مرجحات احدى الحجتين على الاخرى بعد فقد جملة من المرجحات لامن مميزات الحجة عن اللاحجة ـ وبالجملة ـ موافقة العامة من حيث هي ليست من الموهنات (خامسها) ان النهي وان كان ظاهرا في نفسه في الحرمة الا ان النهي عن التلقي من جهة وقوعه في سياق النهي عن اكل المتلقى بقوله لاتاكل منه وقوله لاتاكل من لحم ماتلقى ـ الذي لم يرد منه الحرمة يقينا لعدم فساد المعاملة يحمل على الكراهة (واجيب عنه) بان الحرمة كما يمكن ان تكون منبعثة عن فساد المعاملة باعتبار ان اكل مال الغير بلا سبب شرعي حرام كذلك يمكن ان تكون منبعثة عن مصلحة في نفس ترك الاكل و حسم مادة التلقي المحرم والظاهر ان الاكل حرام من حيث انه اكل لماتلقى لامن حيث انه مال الغير (وفيه) ان الظاهر منه كون النهي عنه من جهة كونه مال الغير فمع صرفه عن ظاهره لاوجه لحمله على ماذكر فتامل (والاولى) في الجواب ان يقال ان النواهي المتعددة الواقعة في سياق واحد لو حمل احدها على الكراهة للدليل على عدم حرمة متعلقه لاوجه لحمل غيره عليها بناء على ماحققناه في محله من ان الحرمة والكراهة خارجتان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه وانما تنتزعان من الترخيص في فعل ماتعلق النهي به وعدمه (فتحصل) ان الاظهر هو القول بالحرمة .

واما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في جهات ـ الاولى ـ في حد التلقي ـ لاكلام في ان حده اربعة فراسخ انما الكلام في دخول الحد في المحدود و خروجه عنه .

(قال قده ـ **والظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود الخ**) اقول

- مقتضى -خبر(١) ابن ابي عمير - قلت وماحد التلقى قال مادون غدوة اوروحة قلت وكم الغدوة والروحة قال اربعة فراسخ هو الثانى - ومقتضى -خبر(٢) ابن محبوب قال قلت له ماحد التلقى قال روحة في بادى النظر هو الاول (ولكن) بما ان للحد معنيين -احدهما- ماينتهى به الشيء - والاخر - ما ينتهى عنده الشيء - فالحد فى الخبر الاول يحمل على المعنى الاول فان الحد بذلك المعنى داخل فى المحدود - وهو فى الخبر الثانى يحمل على المعنى الثانى فانه بذلك المعنى خارج عنه - فالجمع بين الخبرين يقتضى البناء على الخروج - والذى يسهل الخطب ان الوصول الى الاربعة بلازيادة ولانقيصة نادر جدا - (الثانية) فى اعتبار القصد وعدمه .

(قال قده ثم انه لااشكال فى اعتبار القصد الخ) استدل المصنف ره لاعتباره بعدم صدق عنوان التلقى بدونه (و اورد عليه) المحقق الايروانى ره بان عنوان التلقى ليس منهيا عنه بالنهى النفسى فانه ليس بمرجوح قطعا بل المرجوح السبق الى الاشتراء ممن قصد البلد بمتاعه وعليه فنفس هذه المعاملة مرجوحة ولولم يتلق اصلا (وفيه) ان التلقى للاشتراء بنفسه منهى عنه والظاهر مرجوحيته ايضا كيف وقد جمع فى النصوص بين النهي عنه و النهى عن الاشتراء (و الحق) ان يقال ان المنهى عنه هو التلقى للاشتراء فاذا لم يكن من قصده التلقى اصلا اوكان ولم يكن للاشتراء لايكون ذلك مرجوحا و اما الاشتراء فحيث ان الظاهر من الخبر مرجوحية الاشتراء اذا كان مع التلقى المرجوح لامطلقا - فلايكون مرجوحا اذا لم يكن التلقى عن قصد فالاظهر اعتباره (الثالثة) فى اعتبار جهل الركب بسعر البلد .

(قال قده قيل ظاهر التعليل فى رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب الخ) اقول هذا التعليل وقع فى خبرين -احدهما- خبر (٢) عروة عن الامام الباقر عليه السلام

١-٢ الوسائل باب ٣٦ من ابواب آداب التجارة حديث ١-٤

٢ -- اورد صاحب الوسائل صدره فى الوسائل-باب ٣٦ من ابواب آداب التجارة حديث ٥ وذيله فى باب ٣٧ منها حديث ١

عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لايتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر و لايبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض - ثانيهما - ماعن (١) الشيخ بسنده عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لايبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض - وقد استدل العلامة ره به واستنده الى غير واحد على اعتبار الجهل (ويرد عليه) ان الظاهر ولا اقل من المحتمل كونه علة لحكم بيع الحضرى للبدوى والمناسب ايضا ذلك فانه اذالم يصر الحاضر وكيلا للبادى فى البيع يشتريه المشترى باقل فيرتزق منه فتدبر (مع) ان كونه من قبيل العلة المعممة والمخصصة غير ثابت - فالاظهر هو التعميم - لاطلاق الروايات وعدم معلومية علة الحكم ولعلها شيء موجود فى فرض العلم .

الرابعة فى انه هل يختص الحكم بالتلقى للاشتراء ام يعم التلقى للبيع منهم او لمعاملات اخر غير شراء متاعهم .

(قال قده فظاهر الروايات عدم المرجوحية الخ) وجه الظهور مع اطلاق قوله عليه السلام فى خبر (٢) منهال القصاب عن ابى عبدالله عليه السلام لا تلق فان رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقى - هو ورود الاطلاق مورد الغالب المتعارف وهو التلقى للاشتراء كما هو مفاد ساير النصوص - وبه يظهر حال (٣) قوله صلى الله عليه وآله لايتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر - مع ان الصدوق رواه هكذا ولا يتلقى احدكم طعاما - وهو ظاهر فى التلقى لاشتراء الطعام .

(قوله قده نعم لو جعلنا المناط مايقرب من قوله الخ) قد عرفت حال التعليل فالاظهر هو الاختصاص .

---

١ - الوسائل - باب ٣٧ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

٢ -٣ - الوسائل باب ٣٦ - من ابواب آداب التجارة حديث ١ - ٥

كيفية صرف المال المدفوع للصرف فى قبيل

(قوله قده اذا دفع انسان الى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم الخ) لايخفى انه تارة يدفع المال اليه من جهة كونه ولى الامر كدفع سهم الامام عليه السلام الى الحاكم الشرعى بما انه نائب الامام عليه السلام - واخرى يدفع اليه ليكون وكيلا عن الدافع فى صرفه فى قبيل - لا كلام فى جواز اخذ المدفوع اليه من ذلك المال فى الصورة الاولى وانما الكلام فى الصورة الثانية .

وفى تلك الصورة - فروض (الاول) ان يظهر قرينة على عدم رضاه بالاخذ منه لااشكال فى عدم جواز الاخذ فى هذا الفرض (الثانى) ان يظهر قرينة على جواز اخذه منه لااشكال فى جواز الاخذ ح- انما الاشكال - فيما اذا اختلف مقدار المدفوع الى الاصناف المختلفة - كان عين للمجتهدين مقدارا ولغيرهم مقدارا اقل منه- واعتقد الاخذ انه من المجتهدين و الدافع يعتقد عدم كونه منهم ففى المتن - انه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية يراعى معتقد المدفوع اليه- و ان كان ذلك العنوان داعيا الى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع (وفيه) ان العنوان فى الافعال الخارجية المتعلقة بالاشخاص كالاقتداء والبيع والرضا و نحو تلكم يكون داعيا ولامعنى لكونه موضوعا - والرضا و ان كان يتعلق بالعنوان الكلى الا انه من حيث كونه مرآة و طريقا الى الافراد و عليه فلا محالة يكون المناط اعتقاد الدافع فانه اذا عين مقدارا للمجتهدين و كان يعتقد عدم كون المدفوع اليه مجتهداً لا يكون راضيا باخذه ذلك المقدار .

الثالث ان لايقوم قرينة على احد الامرين - وقد اختلفت فيه كلماتهم - فالمهم صرف عنان الكلام الى بيان المدرك - والكلام فيه يقع فى موردين (الاول) فيما يقتضيه القواعد - و الاظهر انه الجواز مطلقا - فان ظاهر تعليق كل حكم على موضوع ثبوته لجميع افراده فلو علق رضاه على المجتهد كان مقتضاه جواز تصرف كل مجتهد بما

هو مجتهد لاسيما مع احراز عدم خصوصية فردفي نظره فاذا كان المدفوع اليه يرى نفسه مجتهدا جازله التصرف - واما ظهور الدفع في مغايرة الدافع و المدفوع اليه و الواضع والموضوع فيه - فلوسلم واغمض عن اختصاصه ببعض الموارد - فهو لايقاوم الظهور المشار اليه وعلى ذلك فيجوز له التصرف فيه .

الثاني فيما يقتضيه النصوص الخاصة - وهي - طائفتان الاولى مايدل على عدم الجواز كمصحح(١) ابن الحجاج عن الامام الصادق عن رجل اعطاه رجل مالا ليقسمه في محاويج اوفي مساكين وهو محتاج ايأخذ منه لنفسه ولايعلمه قال عليه السلام لاياخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه - الثانية - مايدل على الجواز كصحيح(٢) سعيد بن يسار قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يعطى الزكاة فيقسمها في اصحابه ايأخذ منها شيئا قال(ع) نعم - وحسن (٣) الحسين بن عثمان عن ابي ابراهيم (ع) في رجل اعطى مالا يفرقه فيمن يحل له أله ان يأخذ منه شيئا لنفسه وان لم يسم له قال(ع) يأخذ منه لنفسه مثل مايعطى غيره وصحيح (٤) ابن الحجاج عن ابي الحسن (ع) عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممن تحل له الصدقة قال لابأس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره قال ولايجوز له ان يأخذ اذا امره ان يضعها في مواضع مسماة الا باذنه.

والجمع بينهما انما يكون باحد انحاء (الاول) اختصاص النصوص المجوزة بالمال الذي يكون من الحقوق الشرعية - اما اختصاص الاول فواضح - واما الثاني فلقوله يفرقه فيمن يحل له - واما الثالث فلقوله وهو ممن يحل له الصدقة - و خبر المنع مختص بمال يكون للدافع (الثاني) ان خبر المنع من جهة التعبير بالنكرة ظاهر في ارادة اشخاص معينين فلايعارض الاخبار المجوزة (الثالث) الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة - ومن المعلوم ان الاخير يتوقف على عدم تمامية الاولين و عدم امكان الجمع بنحو آخر - والاظهر هو الثاني فاذاً لاتدل الاخبار على ماينافي القواعد

١- الوسائل - باب ٨٤ من ابواب مايكتسب به حديث ٣

٢-٣-٤- الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ١-٢-٣

فالاقوى هو الجواز مطلقا .

(**قوله قده فالاولى حمل الا خبار المجوزة على الخ**) وفيه انه جمع تبرعى لاشاهد له .

(**قوله قده ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ الخ**) و فيه انه على تقدير المعارضة يتعين الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة لنصوصية الأخبار المجوزة فى الجواز.

(**قوله قده فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع الخ**) وفيه ان الواجب ح الرجوع الى الأخبار العلاجية .

حرمة الاحتكار

(**قوله قده احتكار الطعام وهو كما فى الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحيته الخ**) فى المسألة اقوال (الأول) ماهو الأشهر وهو كراهة الأحتكار (الثانى) ماذهب اليه جمع من الفقهاء وهو التحريم (الثالث) ماذهب اليه المصنف ره وهو التحريم مع عدم باذل الكفاية والكراهة معه (والظاهر) ان مورد كلام الفقهاء هو عدم وجود باذل الكفاية فلا قائل بالمرجوحية معه سوى المصنف ره .

و كيف كان فقد استدل للحرمة مضافا الى وجوه اعتبارية ـ بكثير من النصوص(١) وهى وان كان بعضها ضعيف السند ـ وبعضها قاصر الدلالة من جهة تضمنه اللعن على المحتكر الذى هو بمعنى الأبعاد الملائم مع الكراهة ـ اوورده فى مقام بيان موضوع الاحتكار المحكوم بالحرمة اوالكراهة ـ الان ـ جملة منها صحيحة السند ـ ظاهرة الدلالة عليها كصحيح(٢) الحناط عن الصادق(ع) عن رسول الله(ص) ياحكيم بن حزام اياك

---

١ ـ الوسائل باب ٢٧ و ٢٨ من ابواب آداب التجارة

٢ ـ الوسائل باب ٢٨ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

ان تحتكر ـ وما (١) فى نهج البلاغة فى كتابه (ع) الى مالك الاشتر فامنع من الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه ـ ونحوهما غيرهما ـ (و يؤيدها) النصوص الاخر و لايعارضها صحيح (٢) الحلبى عن ابى عبدالله (ع) ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به وان كان الطعام قليلا لايسع الناس فانه يكره ان يحتكر الطعام ـ فان الكراهة فى اصطلاحهم عليهم السلام اعم من الكراهة المصطلحة ـ وعليه ـ فهو ايضا بمفهوم الشرط يدل على التحريم فانه يدل على ثبوت الباس مع عدم كثرة الطعام وهو ظاهر فى التحريم (وبماذكرناه) ظهر مدرك القول بالكراهة وضعفه.

وقد استدل المصنف ره لما اختاره ـ بان جملة من النصوص متضمنة للنهى عن الاحتكار و ظاهر ذلك مرجوحيته مطلقا ـ و ظاهر صحيح الحناط و صحيح الحلبى حرمته فى صورة عدم باذل الكفاية ـ اما الاول فلان الظاهر منه ان علة عدم الباس وجود الباذل فلولاه حرم ـ واما الثانى ـ فلانه قيد الحكم فيه بصورة عدم باذل غيره وهذا بواسطة مادل على كراهة الاحتكار مطلقا قرينة على ارادة التحريم (وفيه) ان الخبرين يقيدان جميع نصوص الاحتكار المتضمنة للنهى عنه سواء حمل النهى فيها على الكراهة او الحرمة فمورد الحكم صورة عدم وجود باذل غيره والا فلايكون الاحتكار مكروها ـ وبذلك يظهر ما فى قوله وان شئت قلت الخ.

(قوله قده والظاهر ان الرواية (٣) ماخوذة من كتبهم التى ـ ففيه دليل على اعتبار مافى كتبهم الخ) اقول ـ قد ذكر المصنف ره هذا الكلام فى كتاب الصلاة و عليه بنى حجية مافى كتبهم وان كان المروى عنه ضعيفا او مجهولا (ويرد عليه) ان ذلك النص (٤) سؤالا وجوابا مسوق لبيان ان فساد عقايد و آراء بنى فضال لايمنع عن الاخذ برواياتهم فغاية مايدل عليه حجية قولهم ورواياتهم وانها كالروايات المروية عنهم فى حال استقامتهم بلانظر فيه الى حجية الروايات من غير تلك الجهة واما اصحاب

١ـ٢ـ٣ـ الوسائل باب ٢٨ من ابواب آداب التجارة حديث ١٣ـ٢ـ٦

٤ ـ الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ١٣

الاجماع فقددل الدليل على الاستغناء بروايتهم عن ملاحظة من قبلهم فى السند وقدحققنا ذلك فى الجزء الثانى من هذا الشرح فى مبحث الحيض .

(قوله قده واما الملح فقدالحقه بها فى المبسوط الخ) قال فى محكى المبسوط يثبت الاحتكار فى الملح ولم تقف على حديث دال عليه ولعله نظر فى ذلك الى دعوى الحاجة اليه واساس الضرورة الى تناوله فصار كالطعام انتهى **(اقول)** مقتضى الحصر فى خبر (١) غياث عدم ثبوت هذا الحكم فى الملح والعلة المستنبطة المشار اليها لاتصلح لاثبات الحكم الشرعى بها - لعدم كونها منصوصة بعنوان العلة للحكم كى تعمم - ولذا لم يفت احد بثبوته فى غير ذلك من مايحتاج اليه الناس - فالاظهر عدم الالحاق .

(قوله قده روى (٢) السكونى عن ابيعبدالله(ع) ان الحكرة فى الخصب الخ) ظاهر الخبر تحديد الحكرة فى الرخص باربعين يوما - وفى الغلاء بثلاثة ايام وعمل به الشيخ والقاضى وصاحب الوسيلة (والايراد عليه) تارة بضعف السند واخرى بانه محمول على بيان مظنة الحاجة كما عن الدروس واستحسنه المصنف ره(فى غير محله) - اما الاول فلما تقدم فى هذا الشرح مرارا من اعتبار خبر السكونى - واما الثانى - فلان ذلك خلاف الظاهر لاشاهد له فالاظهر تمامية هذا التحديد .

(قوله قده وعليك فى استخراج احكام هذه الاقسام الخ) الاحتكار المحرم هو الاحتكار مع حاجة الناس - والمباح هو الاحتكار لامع حاجتهم - والواجب هو الاحتكار لاعانة المضطرين في ايام الغلاء - والمستحب هو الاحتكار لاعانة الزوار - واما المكروه فلم نجد له مثالا (ثم ان) الاحتكار بماهو احتكار لايكون واجبا ولامستحبا واتصافه بهما انما يكون من جهة انطباق عناوين اخر عليه.

(قوله قده انه يسعر عليه ان اجحف بالثمن لنفى الضرر الخ) ولانه لولاه لانتفت فائدة الجبر اذ بدونه يمتنع المالك من البيع الا باضعاف ثمنه فلو سوغناه

١-٢- الوسائل باب ٢٧ من ابواب آداب التجارة حديث ٢-١

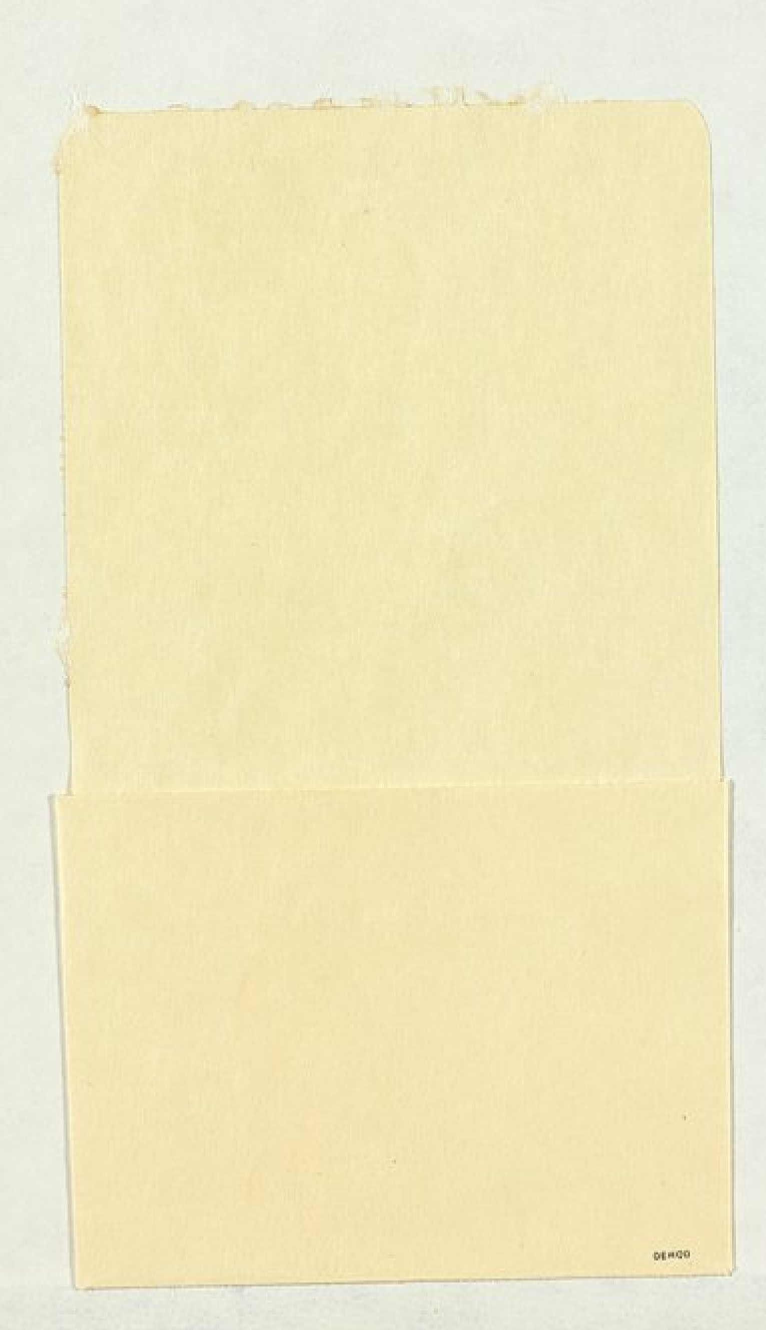
انتفت الحكمة فى الزامه بالبيع ـ وهو جيد ـ الا انه لايدل على التسعير لملائمته مع ماعن الميسى والشهيد الثانى انه يؤمر بالنزول من دون تسعير ـ والله العالم

الحمدلله على ما انعم علينا بالنعم الجسام التى من اعظمها تحرير الكتب الفقهية ونشرها ومنها هذا الكتاب وهو الجزء الثالث عشر من كتابنا فقه الصادق وكان ختامه فى ليلة الاربعاء ١٠ ذى القعدة الحرام سنة ١٣٨٠ بيد مؤلفه الاحقر محمد صادق الحسينى الروحانى القمى عفى عنه ويتلوه الجزء الرابع عشر فى الخيارات انشاءالله تعالى .

فهرست الجزء الثالث عشر من كتاب فقه الصادق

جدول الخطاء والصواب

ص	س	خطاء	صواب
٧٠	٢٣	التصروقع اماء حرف الواعماقع	التصرف الواقع حراما عماوقع
٧٥	١١	لاشكال	لااشكال
٨٥	١٨	الحقيقة	الحقية
٩٤	١٩	العقب	التعقب
٩٥	١٣	يعتبره	يعتبر
٩٥	٢١	الصرف	التصرف
١٣٨	١٤	للتحر	للتحرى
١٦٩	١٨	ولعلة	ولعله
٢١٣	٢	نظير	نظر
٢٤٠	١٩	لجواز	لجوازه
٣٠٨	٦	القدير	التقدير


DEMCO


COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE
CU17882567